This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 097 769 244

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received APR 12 1928

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

France

Digitized by Google

Digitized by Google

PRÉCIS DE DROIT ROMAIN

54

Digitized by Google

LAUSANNE — IMPRIMERIE CH. VIRET-GENTON

Digitized by Google

PRÉCIS

DE

DROIT ROMAIN

PAR

NICOLAS HERZEN

Professeur de Droit à l'Université de Lausanne.

LAUSANNE
TH. SACK, ÉDITEUR
(SUCC. DE B. BENDA)
3, rue Centrale.

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
14, rue Soufflot et rue Toullier, 13.

1906

Digitized by Google

APR 12 1928

Digitized by Google

AVANT-PROPOS

Le présent volume n'a aucune prétention scientifique. Il n'a qu'un but purement didactique : faciliter aux commençants l'assimilation et l'intelligence des bases fondamentales du droit romain. L'auteur s'est convaincu, dans les nombreux examens auxquels il a déjà pris part, que ce que les candidats ont le plus de peine à s'approprier et à retenir, ce sont précisément les notions essentielles et les principes élémentaires. C'est là ce qui l'a déterminé à publier ce livre, qui n'est, comme son nom l'indique, qu'un « précis », c'est-à-dire un exposé dont tout ce qui n'est pas essentiel est retranché.

Pour atteindre le but proposé, l'auteur n'a pas cru nécessaire de chercher l'originalité, mais bien de montrer la vérité et seulement la vérité. C'est pourquoi il a pris ce qui lui semblait juste et vrai partout où il le trouvait, non seulement dans l'étude approfondie des sources romaines, mais aussi dans divers exposés systématiques de droit romain : dans le cours de son éminent prédécesseur et vénéré Maître, M. le professeur *Erman*, dans l'incomparable *Manuel* de M. *P. F. Girard*, et dans les excellents traités de MM. *G. May*, *Dernburg*, *Sohm*, *Salkowsky*, etc. Il tient à rendre hommage ici à la science et au talent de tous ces savants, à leur dire tout ce que le présent livre leur doit, et à leur expliquer que, s'il n'a pas renvoyé à leurs ouvrages chaque fois qu'il leur a emprunté une idée,

Digitized by Google

c'est pour ne pas charger son Précis de citations qui ne peuvent que distraire le lecteur, et qui n'offrent aucune utilité à des débutants.

C'est en partie pour la même raison qu'on ne trouvera aucune indication de sources. L'auteur se rend parfaitement compte que cette lacune pourra lui être reprochée par quelque critique trop exigeant. Cependant, elle est facile à comprendre, si l'on prend en considération le but poursuivi. Le présent livre ne vise qu'à initier les commençants à la science du droit romain ; il n'a nullement l'ambition d'épuiser le domaine de cette science, qui est d'ailleurs inépuisable. Il peut donc très bien s'en remettre à d'autres manuels plus complets et plus approfondis, du soin de guider les étudiants en droit dans une étude plus scientifique de la discipline en question. En outre, s'il se présente quelque commençant qui ait le *Corpus iuris* à sa disposition et qui soit curieux de le consulter, il trouvera toutes les indications nécessaires dans d'autres recueils excellents, par exemple dans le *Manuel* de M. *P. F. Girard*, qui est la perfection même dans son genre, et qu'il est par conséquent tout à fait superflu de vouloir imiter. Enfin, l'auteur a voulu montrer, d'accord en cela avec l'un des maîtres les plus autorisés de la science, M. *Appleton*, que la connaissance du droit romain est accessible, au moins dans ses éléments, même à des personnes qui ne savent pas le latin, et qui ne sont donc pas en état de recourir à l'étude directe des sources romaines.

Lausanne, le 9 juillet 1906.

L'AUTEUR.

Digitized by Google

LIVRE PREMIER

Généralités sur le droit.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

Notion du droit.

§ 1. — Droit, morale et religion.

Le droit est l'ensemble des règles munies d'une sanction coercitive qui régissent les rapports sociaux. C'est l'organisation de la vie sociale par la limitation des libertés individuelles dans le but de rendre possible la coexistence des individus.

La sanction du droit est la contrainte imposée par le pouvoir social à celui qui le viole.

C'est là un élément essentiel du droit, qui le distingue de la morale et de la religion, dont la sanction peut être supra-terrestre et psychique, mais ne comporte pas l'emploi de la contrainte sociale.

Cette distinction n'est pas perçue par les peuples primitifs. Les définitions du droit et de la jurisprudence données par les juristes romains se ressentent de cette confusion originelle : (Celsus cité par Ulp.): *ius est ars boni et aequi. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* (Ulp.).

Certes la morale inspire le droit, dont le principe et l'idéal sont la réalisation de la justice. Il peut ainsi y avoir superposition et coïncidence du droit et de la morale ; mais leurs domaines n'en restent pas moins distincts par suite de la nature différente de la sanction encourue et des

Digitized by Google

faits pris en considération. Le droit, comme règle des rapports sociaux, s'en tient nécessairement aux faits et actes qui se manifestent extérieurement, matériellement, car ce sont les seuls qui puissent toucher et intéresser les tiers. Leur manifestation extérieure n'aura souvent d'importance qu'en tant qu'expression ou indice d'un phénomène interne, d'un acte psychique, mais celui-ci ne pourra être atteint par le droit que s'il s'est manifesté d'une manière sensible quelconque. La morale au contraire, comme règle de la conscience, atteint et régit avant tout la vie psychique interne.

A noter encore que tous les préceptes moraux ou religieux qui s'adressent à l'homme pris individuellement et ont en vue ses devoirs envers lui-même ou envers la divinité, échappent, par définition même, au droit, puisque celui-ci ne règle que les rapports sociaux, les rapports entre individus.

§ 2. — Droit objectif et droit subjectif.

Toute règle de droit est la prévision hypothétique d'une série de cas particuliers auxquels le législateur veut attacher un certain effet juridique : si tel fait arrive il en résultera telle conséquence.

Envisagé comme ensemble de ces règles abstraites et en dehors de toute application particulière, le droit est qualifié d'objectif. Envisagé dans son application à un cas concret et au point de vue des conséquences qui en résultent pour les sujets intéressés le droit est appelé subjectif.

Les règles de droit comme telles forment donc le droit objectif, les *facultés* et devoirs qui en découlent sont le droit subjectif. Il ne s'agit pas de deux choses différentes, mais de deux aspects différents de la même chose.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Formation du droit.

§ 3. Coutume et loi, sources du droit.

Le droit se forme de deux manières différentes, par la coutume et la loi. On les appelle les sources du droit parce que ce sont les facteurs dont le droit découle.

La coutume, *usus*, *mos*, *consuetudo*, est un ensemble d'usages invétérés formés instinctivement et spontanément — par un travail anonyme et inconscient, et que chacun considère comme la règle naturelle et nécessaire des relations sociales.

La loi est, dans le sens le plus large, et par opposition à la coutume, la règle de droit établie volontairement et sciemment par une autorité publique déterminée à laquelle la constitution confère le pouvoir législatif. Elle comprend donc tout acte législatif émanant d'un organe compétent de l'Etat.

Dans un sens plus étroit, *lex* désignait à Rome la loi acceptée par les comices du peuple sur la proposition d'un magistrat. Le terme s'appliqua plus tard aussi aux plébiscites. Mais, dans le sens large tous les actes législatifs des autorités compétentes sont des lois : l'édit du préteur, les sénatus-consultes, les responsa prudentium, les constitutions impériales.

Digitized by Google

La coutume est historiquement la première source du droit. Le droit primitif repose entièrement sur elle. Elle a l'avantage d'être très souple, ce qui lui permet d'être toujours conforme à la volonté du peuple et de s'adapter facilement aux besoins nouveaux. Mais cette souplesse est une cause d'infériorité en ce qu'elle enlève au droit toute fixité et toute précision et peut ainsi prêter à l'arbitraire. C'est pourquoi la loi intervient ; elle n'a d'abord d'autre but que de consigner, formuler et préciser la coutume ; de constater le droit existant et non de créer un droit nouveau ; mais ses avantages de précision et de certitude lui assurent bientôt un rôle toujours croissant aussi dans la création du droit ; la production législative du droit finit généralement par supplanter totalement sa formation coutumière.

A Rome, les juristes classiques attribuent encore force égale à la coutume et à la loi en ramenant leur autorité commune à la volonté souveraine du peuple. Julien admet même que la coutume peut abroger la loi (désuétude), mais l'empereur Constantin décida que la coutume n'aurait plus ce pouvoir d'effacer la loi. — Plusieurs législations modernes vont encore plus loin et interdisent au juge toute application du droit coutumier.

§ 4. — **Particularités sur la loi.**

Les lois sont impératives, permissives ou prohibitives.

Les lois prohibitives sont appelées

1° *perfectae* si elles prononcent la nullité des actes prohibés ;

2° *minus quam perfectae* si elles se bornent à punir l'acte prohibé sans l'annuler ;

Digitized by Google

3° *imperfectae* si elles ne prononcent ni peine ni nullité, mais entravent l'acte prohibé d'une autre façon.

La loi n'a, sauf disposition contraire, d'effet que pour l'avenir, à partir du moment de sa publication. Dans le doute, elle n'a pas d'effet rétroactif.

Si deux lois se contredisent, c'est la dernière en date qui l'emporte : *lex posterior derogat priori.*

Digitized by Google

CHAPITRE III

Application du droit.

§ 5. — Interprétation des règles de droit.

Pour appliquer une règle de droit, il faut avant tout l'interpréter, c'est-à-dire en fixer le sens. C'est là une mission réservée à la science, à la critique. Le législateur peut bien fixer après coup, par interprétation authentique, le sens controversé d'une loi ; mais son intervention, bien qu'appelée interprétation, est un acte législatif créant une nouvelle règle de droit ; seulement cette règle est munie de force rétroactive, parce que le législateur l'envisage comme étant déjà contenue dans la loi qu'il veut interpréter.

L'interprétation de l'*ancien droit* romain était formaliste et étroite ; elle s'en tenait aux termes de la loi et sacrifiait souvent l'esprit à la lettre. C'était une *interprétation littérale*. Les juristes de l'empire par contre ne s'arrêtent pas à ce que le législateur a dit ; ils cherchent surtout ce qu'il a voulu dire. Ils considèrent comme *frauduleuse* une interprétation qui s'attache aux termes de la loi pour en tourner le sens. Ils pratiquent l'*interprétation logique* par opposition à l'interprétation littérale.

L'interprétation logique part naturellement du sens littéral de la loi ; mais elle le contrôle et le corrige s'il y a

Digitized by Google

lieu en recherchant les rapports de la disposition à interpréter avec l'ensemble de la loi ; en étudiant l'historique de la loi pour en déterminer le *but*. Elle restreindra alors le sens des termes trop larges de la loi *(interprétation restrictive)* et étendra celui des termes trop étroits *(interprétation extensive)*; elle fixera aussi le sens des termes obscurs *(interprétation déclarative)*.

§ 6. — Lacunes de droit. Analogie.

L'interprète du droit est aussi appelé à combler les lacunes que le droit positif présente inévitablement. Il le fera en appliquant aux cas non prévus par le législateur les principes qui régissent les cas *analogues*, c'est-à-dire contenant le même élément (*contrat* de vente, *contrat* de louage), réglés par la loi. C'est ce qu'on appelle procéder par analogie.

L'application d'un principe par analogie se distingue de l'interprétation extensive en ce qu'elle n'a pas pour but de réaliser la volonté du législateur telle qu'elle ressort de l'esprit de la loi, mais bien de suppléer à cette volonté en recherchant ce que le législateur aurait fait s'il avait prévu le cas en question.

On ne peut pas procéder par analogie en droit pénal : *nulla poena sine lege*.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Principales divisions du droit.

§ 7. — Droit public et droit privé.

Le droit public règle l'organisation des pouvoirs de l'Etat et les rapports des particuliers envers l'Etat.

Le droit privé règle les rapports des particuliers entre eux.

La *théorie romaine* établit la distinction d'une manière trop vague et trop générale en disant que le droit public est celui qui concerne l'intérêt de l'Etat et le droit privé celui qui concerne l'intérêt des particuliers.

C'est *trop vague* parce que l'intérêt de l'Etat est intimement lié à celui des particuliers ; c'est *trop général* parce qu'il y a en droit privé aussi bien qu'en droit public des règles d'intérêt essentiellement public ; se sont les règles d'*ordre public*, appelées aussi, par opposition au droit *dispositif*, règles de droit *absolu* ou *impératif ;* leur trait spécifique est qu'elles ne peuvent pas être modifiées par les parties intéressées. Les Romains parlent aussi ici de *ius publicum* et de *ius privatum*.

La *science moderne* (M. Roguin) a établi le vrai critère de la distinction entre droit public et droit privé en se basant sur la qualité officielle ou non officielle des sujets du

Digitized by Google

rapport juridique. L'un des sujets ou tous les deux ont-ils un caractère officiel et agissent-ils dans leur rôle officiel, il y a droit public, sinon, il y a droit privé.

§ 8. — Quelques divisions romaines du droit privé.

Le droit privé se divise

1° d'après sa source, en *ius civile* et *ius praetorium*. *Ius civile* est le droit établi par une source autre que l'édit du préteur, *ius praetorium* est le droit basé sur cet édit.

2° d'après sa sphère d'application en *ius civile* et *ius gentium*. *Ius civile* est ici le droit national applicable aux seuls citoyens romains. *Ius gentium* est le droit commun applicable aux étrangers aussi bien qu'aux citoyens, et que les Romains considèrent comme commun à toutes les nations *(gentes)*.

Les Romains parlent aussi d'un *ius naturale* qui serait l'ensemble des règles naturelles régissant la vie en société de tous les êtres animés, mais qui est surtout une protestation philosophique contre l'esclavage.

3° d'après son caractère impératif ou facultatif, en *ius publicum*, droit d'ordre public, et *ius privatum*, droit dispositif.

4° d'après son caractère plus ou moins rigide et abstrait en *ius strictum* et *ius aequum*. Le droit strict s'applique avec une raideur qui fait abstraction des circonstances concomitantes de chaque cas : le *ius aequum* s'efforce de tenir compte de ces circonstances.

§ 9. — Classification romaine des droits privés.

La théorie romaine divise le droit privé en droit des *personnes*, droit des *choses* et droit des *actions*.

Digitized by Google

Le *droit des personnes* comprend les règles sur l'état et la capacité des personnes, et le droit de famille.

Le *droit des choses* comprend les différents droits relatifs à des choses et les règles de leur transmission héréditaire ; il comprend donc les droits réels, les obligations et le droit de succession.

Le *droit des actions* s'occupe des règles de procédure.

Nous suivrons dans ses grandes lignes cette classification en détachant le droit de famille et le droit de succession dans deux livres spéciaux étudiés à la fin du volume et en ajoutant une partie historique et une partie générale traitant des éléments communs à tous les rapports de droit.

Digitized by Google

LIVRE II

—

Histoire du droit romain.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE PREMIER

Les trois périodes.

§ 10. — Introduction.

L'histoire du droit romain se divise en trois périodes :

1° La période du *ius civile*, du droit local exclusivement national; cette période s'étend jusqu'à l'époque des Gracques vers 125 avant J.-C.

2° La période de la dénationalisation du droit romain par le conflit du *ius civile* et du *ius gentium* et la victoire de ce dernier ; cette période va depuis les Gracques jusqu'à l'avènement de Dioclétien, en 284 après J.-C.

3° La période de l'adaptation à l'empire byzantin, chrétien et autocratique, du droit de l'empire d'Auguste, païen et libéral ; codification du droit romain par Justinien. Cette période va de l'avènement de Dioclétien, jusqu'à la mort de Justinien, en 565.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

Première période : le « ius civile ».

SECTION I

Conditions sociales et politiques.

§ 11. — Le peuple romain.

L'ancien peuple romain, produit du croisement des Latins, des Sabins et des Etrusques, avait un caractère national nettement marqué, qu'il garda aussi après l'admission des plébéiens, issus de la même race. C'est un peuple d'agriculteurs et de soldats, qui unit à l'égoïsme du paysan, et à son sentiment très vif de la propriété, les qualités de discipline, d'ordre et de précision du militaire. Mais son trait essentiel est une énergie inflexible. Les peuples issus d'un mélange de races se distinguent souvent par leur vigueur et leur force d'énergie. Cela tient à ce que dans le frottement des éléments divers, seules les parties solides et fortes résistent au contact avec les éléments étrangers. C'est ainsi que la rencontre et par suite la lutte et la sélection des éléments latins, sabins et étrusques imprima aux Romains un caractère national d'une énergie à toute épreuve.

Cette énergie, cet égoïsme devaient faire des Romains le

Digitized by Google

peuple juridique de l'antiquité, en développant en eux le sentiment et le respect du droit, en les amenant à créer un droit jaloux, précis, exact. La raison d'être du droit c'est précisément de régler les conflits des volontés contraires. Plus ces volontés seront égoïstes et fortes, plus aussi la règle en sera aiguisée et raffinée.

Deux autres traits des Romains découlent de cette même énergie et ont joué un rôle important dans l'histoire de leur droit : leur logique rigoureuse qui ne recule devant aucune conséquence et leur sens conservateur, leur attachement aux traditions et aux mœurs des ancêtres. Ce conservatisme les préserva de la hâte et de l'arbitraire dans la réforme du droit et leur permit ainsi de faire œuvre solide et durable. Les Romains ne se sont pas fait faute d'innover, d'adapter leur droit aux besoins nouveaux, d'importer de l'étranger les institutions utiles ; mais ils l'ont toujours fait avec mesure et pondération.

§ 12. — **La République romaine.**

1° Le trait essentiel de la république romaine est la souveraineté du peuple. C'est lui qui fait la loi, qui élit les magistrats, qui décide de la paix et de la guerre. Rien ne peut être changé aux institutions sans son assentiment. Mais le peuple n'use cependant pas à son gré de sa souveraineté ; il ne peut se réunir en assemblée délibérante que s'il est convoqué par un magistrat ayant le *ius agendi cum populo*, et il n'a ni le droit d'initiative ni le droit d'amendement.

Malgré la souveraineté du peuple, la République romaine n'est pas une vraie démocratie ; son organisation politique est à l'origine tout aristocratique. La composition et le fonctionnement des comices par lesquels le peuple exerce sa souveraineté assurent la prépondérance

Digitized by Google

aux patriciens et aux riches. Les magistratures et le Sénat ne sont accessibles qu'aux patriciens. La masse du peuple, la plèbe, ne compte pas. Aussi proteste-t-elle par la voix des tribuns qu'elle réussit à imposer à l'aristocratie et s'organise-t-elle révolutionnairement dans ses *concilia plebis*. C'est la lutte du principe démocratique et du principe aristocratique. Ce dernier finit par céder. Les plébéiens furent admis à toutes les magistratures et au Sénat et les décisions de la plèbe, les *plebiscita*, furent reconnues obligatoires pour tous les citoyens à l'égal des lois. Cette dernière réforme fut opérée par la loi *Hortensia* de l'an 287 avant J.-C.

2° Un autre trait essentiel de la république romaine, c'est le pouvoir presque absolu des magistrats supérieurs revêtus de l'*imperium*.

Lorsque les consuls remplacèrent le roi, ils gardèrent en principe le même pouvoir que lui, l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir suprême ; seulement, leurs fonctions ne durent qu'une année au lieu d'être viagères, ce qui d'une part permet de les poursuivre à leur sortie de charge et d'autre part augmente en fait l'autorité et l'influence du Sénat, seul organe permanent de l'Etat. En outre les consuls sont deux et leur accord est nécessaire pour agir ; chaque consul peut agir seul, il est vrai ; mais ses actes peuvent être arrêtés par l'*intercession* de son collègue. C'est là le but et la raison d'être de la collégialité. L'intercession repose sur l'idée que dans le conflit de deux pouvoirs égaux le statu quo doit être maintenu. Plus tard, cette limitation de l'imperium par la collégialité et par le droit d'intercession fut considérablement accentuée par la création des tribuns de la plèbe qui ont le droit d'arrêter par leur intercession tous les actes des magistrats. Mais le pouvoir du tribun est à son tour limité par le droit d'intercession de ses collègues.

Digitized by Google

L'*imperium* du roi subit en outre en passant aux consuls des restrictions dans son essence même. Il resta absolu *militiae* comme pouvoir militaire, mais comme pouvoir civil, *domi*, il fut restreint en matière judiciaire *a*) au pénal par le droit de *provocare ad populum* contre toute sentence capitale, *b*) au civil, par la défense faite au magistrat de statuer lui-même sur les procès intentés devant lui ; il doit en renvoyer la solution à un juge-juré choisi par les parties (*iudex privatus*).

Enfin, les attributions des consuls allèrent constamment en diminuant par le morcellement de leur pouvoir et la création successive de magistratures nouvelles : les questeurs, les censeurs, le préteur, les édiles curules. Mais, chacun dans sa sphère d'activité, les magistrats supérieurs romains ont en principe un pouvoir presque absolu. En fait il est limité par la collégialité et le droit d'intercession des collègues et des supérieurs, par l'*intercessio paris maiorisve potestatis*.

Section II

Sources du droit. Les XII Tables.

§ 13. — Sources du droit.

Les sources du droit sont dans la première période la coutume et la loi. Loi est pris ici dans son sens technique : c'est la proposition du magistrat acceptée par le peuple dans ses comices. On distingue 3 espèces de comices :

1° les *comitia curiata*, qui sont l'assemblée des 30 curies de l'ancienne Rome patricienne : 10 par tribu (Ramnes, Tities, Luceres).

Digitized by Google

2° les *comitia centuriata*, qui sont l'assemblée de l'armée patricio-plébéienne, organisée par *Servius Tullius* en centuries réparties en 5 classes.

3° Les *comitia tributa*, qui sont l'assemblée des citoyens convoqués d'après les districts territoriaux appelés tribus. Le nombre des tribus fut fixé à 35 en 241 avant J.-C.

Le pouvoir législatif était exercé indifféremment par les comices centuriates et tributes. Les comices curiates n'avaient qu'un rôle effacé.

A la fin de notre période, le pouvoir législatif fut exercé surtout par les *concilia plebis*, depuis que la *lex Hortensia* eut accordé force de loi aux plébiscites.

§ 14. — Les XII Tables.

L'authenticité de la loi des XII Tables est actuellement controversée. Quoi qu'il en soit, ce qu'on appelle la loi des XII Tables reste pour nous la source la plus importante de la connaissance de l'ancien droit romain. C'est pourquoi nous pouvons faire abstraction de cette controverse et nous en tenir à la tradition.

Au commencement de la République le droit était encore coutumier. Les plébéiens se plaignaient de son incertitude, de son obscurité et de l'arbitraire qui en résultait. Ils exigèrent la rédaction et la codification des coutumes. Les patriciens durent céder et une mission fut envoyée à Athènes pour préparer la codification en étudiant les lois de Solon et les institutions de la Grèce. A son retour, dix commissaires furent élus par les centuries pour rédiger les lois réclamées ; ce sont les *decemviri legibus scribundis*. Ils composèrent un code dans les années 451 et 450 avant J.-C., leur œuvre fut adoptée par les centuries et exposée publiquement sur douze tables.

Digitized by Google

La loi des XII Tables est le monument juridique le plus important de la première période. Elle est le résumé de toute l'activité juridique antérieure et la base de tout le développement ultérieur.

L'influence grecque sur les XII Tables est presque nulle. Seules quelques dispositions secondaires ont été empruntées à la Grèce. La loi des XII Tables est avant tout une rédaction du droit coutumier romain de l'époque ; les décemvirs n'ont pas cherché à innover.

Les XII Tables étaient pour les Romains l'objet d'une grande admiration. Encore à l'époque de Cicéron, les enfants les apprenaient par cœur à l'école. Tite-Live les appelle *fons omnis publici privatique iuris* et aussi *corpus omnis Romani iuris*. Les juristes les commentent jusque sous l'Empire, ainsi *Gaius* au 2e siècle ; d'autres écrivains s'en occupent aussi, surtout les grammairiens. Cependant le texte des XII Tables ne nous est parvenu que par fragments dans les nombreuses citations plus ou moins textuelles qui s'en trouvent dans la littérature romaine à nous conservée. Mais ces citations en donnent une idée suffisante pour en apprécier le caractère général.

§ 15. — Le droit des XII Tables.

Les XII Tables s'occupent surtout de droit civil, de droit pénal et de procédure. Elles n'ont que peu de dispositions sur le droit public et le droit sacré.

Elles ne sont pas un code dans le sens moderne du mot, c'est-à-dire dans le sens d'une législation exclusive qui écarte tout le droit antérieur et devient la source unique des règles relatives aux matières qu'elle régit.

Leur forme est d'une énergie remarquable : une série d'ordres ou de défenses rédigés à l'impératif avec une

Digitized by Google

brièveté lapidaire, une précision mathématique, une clarté lumineuse. Cette rigueur, cette netteté de pensée et d'expression révèlent déjà tout le talent juridique des Romains.

Quant au fond, le droit des XII Tables est strict et formaliste ; il est encore à moitié barbare et exclusivement réservé aux citoyens romains ; mais il est déjà nettement distinct de la religion. Cette laïcisation du droit, qui ne se retrouve chez aucun autre peuple au même degré de civilisation, s'explique dans la Rome des XII Tables par la reconnaissance de la capacité civile des plébéiens. Ceux-ci étaient exclus de la religion officielle, monopole des patriciens.

Le droit privé des XII Tables est très individualiste. Il est basé sur le régime de la propriété individuelle et reconnaît au propriétaire la libre disposition de ses biens soit par actes entre vifs (liberté d'aliénation) soit par actes de dernière volonté, pour cause de mort (liberté testamentaire). Le régime exclusif de la propriété individuelle et la disparition si précoce de la propriété collective du groupe, de la *gens*, résultent aussi de l'admission des plébéiens à la capacité civile, les plébéiens n'appartenant à aucun *gens*.

Cependant, l'autonomie de l'individu est considérablement limitée par le droit des personnes qui ne reconnaît la pleine capacité qu'au *paterfamilias*, qui lui accorde un pouvoir absolu sur les membres de la famille soumis à sa puissance et refuse à ces derniers le droit d'avoir rien en propre.

En outre, si le père de famille est libre de disposer de ses biens dans la mesure qui lui plaît, il n'est pas libre de le faire dans la forme qu'il veut. Il ne peut disposer valablement de son patrimoine que dans la forme légale des actes reconnus par le droit. C'est là ce qu'on appelle le formalisme du droit.

En fait d'actes entre vifs les XII Tables n'admettent que les deux contrats de la *mancipatio*, vente au comptant, et

Digitized by Google

du *nexum*, prêt d'argent, qui tous deux se concluent *per aes et libram*, par l'airain et la balance, c'est-à-dire par la pesée fictive d'un lingot d'airain.

Les formes de cette pesée étaient rigoureusement réglées. Elle devait être opérée par un maître peseur, *libripens*, en présence de cinq témoins au moins, qui devaient être citoyens romains.

L'opération de la pesée s'imposait à l'époque où, la monnaie n'existant pas encore, l'airain était employé au poids comme moyen d'échange dans les transactions privées (*aes rudum*, *rauduscul*um). Mais les décemvirs avaient précisément introduit la monnaie avec la livre d'airain, l'*as*, comme unité, divisé en 12 onces. Dès lors les paiements se firent en comptant un certain nombre d'unités monétaires et non en pesant une certaine quantité de métal. On aurait donc dû logiquement supprimer la pesée ; les décemvirs la maintinrent cependant parce que c'est à cette cérémonie opérée dans les formes traditionnelles que la coutume rattachait les effets juridiques de la *mancipatio* et du *nexum*. Seulement, de réelle la pesée devint fictive, l'opération effective étant maintenant le paiement en métal monnayé. C'est ce qui explique pourquoi la loi des XII Tables subordonne l'effet de la *mancipatio* au paiement effectif du prix.

La *mancipatio* avait un double effet : 1° un effet réel, qui était de transférer la propriété de la chose mancipée du vendeur à l'acheteur. Mais il fallait pour cela que le vendeur eût été lui-même propriétaire de la chose. Sinon le tiers propriétaire pouvait la revendiquer à l'acheteur. Dans ce cas, 2° effet personnel, l'acheteur évincé avait contre le vendeur l'*actio auctoritatis* en restitution du double du prix déclaré (garantie du chef d'éviction).

Le *nexum* avait pour effet d'obliger l'emprunteur à restituer à l'échéance la somme empruntée avec les intérêts

Digitized by Google

convenus. S'il ne le fait pas, le créancier n'a contre lui, d'après l'opinion la plus récente, qu'un droit d'action ; il peut, 30 jours après le jugement, le saisir, (*manus iniectio*), l'emmener chez lui, le tenir enchaîné pendant 60 jours, et, si dans ce délai, le prisonnier ne s'est pas ou n'a pas été racheté, son créancier peut le vendre en esclavage *trans Tiberim* ou le tuer. S'il y a plusieurs créanciers, ils peuvent couper le débiteur en morceaux et s'en partager le cadavre.

En matière pénale les XII Tables en sont encore en grande partie au système des délits privés, c'est-à-dire au système qui considère les délits comme n'intéressant pas l'Etat, comme lésant exclusivement la victime, et qui se borne en conséquence à accorder au lésé un droit de satisfaction personnelle. Ce droit consiste d'abord, dans la phase la plus grossière, dans la faculté de se venger impunément. Plus tard, il se transforme en une créance pécuniaire contre le délinquant, créance fixée par la loi. C'est le système des compositions légales ; il est appliqué par les XII Tables à la plupart des délits privés, ainsi à l'injure qu'elles punissent généralement de 25 as d'amende au profit du lésé. Mais pour certains délits les XII Tables admettent encore la vengeance privée, ainsi pour l'arrachement d'un membre qu'elle punissent de la peine du talion, avec réserve cependant de la faculté de composer.

Digitized by Google

Section III

Interpretatio. Proprium ius civile.

§ 16. — **Interprétation des pontifes.**

Les XII Tables restèrent jusqu'à la fin de la première période la source principale du droit privé et la base du développement du droit. Les Romains appellent ***proprium ius civile***, ce droit qui résulta de l'application et de l'interprétation des XII Tables.

Cette interprétation fut d'abord le monopole des Pontifes. Le collège des pontifes avait exercé de tout temps une influence considérable sur le droit. Cela résultait des nombreux points de contact du droit primitif et de la religion; ainsi le mariage était à l'origine purement religieux (*confarreatio*); certaines formes importantes de la procédure avaient aussi probablement un caractère religieux, ainsi la procédure par serment (*legis actio per sacramentum*); enfin les Pontifes avaient la connaissance exclusive du calendrier et par conséquent des jours où il était permis d'agir en justice (*dies fasti*) et de ceux où cela était défendu (*dies nefasti*). Le rôle des pontifes s'explique en outre par leur instruction et leur considération, qui les désignaient tout naturellement au choix des particuliers comme conseillers dans les actes de la vie juridique et comme arbitres des contestations. Aussi voyons-nous le collège des pontifes déléguer officiellement chaque année un de ses membres pour répondre aux consultations juridiques des particuliers et trancher les différends qui lui étaient soumis.

L'œuvre des pontifes, leur *interpretatio*, n'est donc pas

Digitized by Google

une étude théorique et scientifique de la loi, c'est sa mise en pratique, son application à la vie des affaires. Elle consiste en grande partie dans la composition de formulaires pour les différents actes juridiques et pour les législations. Ces formulaires étaient très importants pour la pratique par suite du formalisme du droit et de l'application littérale de la loi qui rendaient désastreuse la moindre erreur dans les termes. Comme d'autre part ces formulaires étaient tenus secrets par les pontifes, cela rendait presque exclusif leur monopole juridique. Ce monopole fut brisé lorsque vers 300 avant J.-C., le fils d'affranchi Cn. Flavius, scribe d'Appius Claudius Caecus publia le calendrier et la liste des formules de législations que possédait son maître. Peu de temps après, le premier grand pontife plébéien Tiberius *Coruncanius* fit une innovation importante en enseignant publiquement le droit, c'est-à-dire en donnant ses consultations en public. Depuis lors, la science du droit se sécularise et se répand.

L'interprétation des pontifes était strictement littérale. Cette méthode formaliste s'explique par l'histoire des XII Tables. Leur but était d'assurer la certitude et la précision du droit au moyen de la loi écrite. Il n'est pas étonnant dès lors qu'on se soit attaché aux termes de la loi et qu'en conséquence toute action en justice qui n'était pas littéralement formulée dans les termes mêmes de la loi fût écartée impitoyablement et entraînât dans sa chute la perte du droit du demandeur. C'est le système des actions de la loi, *legis actiones*.

Cependant, les pontifes ayant surtout en vue la pratique des affaires, cherchaient à transiger entre la loi immuable et les besoins changeants de la vie. Dans ce but ils réussirent à plier la loi aux exigences nouvelles en rattachant à ses termes des institutions qu'elle n'avait pas prévues. Leur moyen ordinaire d'arriver à ce résultat était de faire

Digitized by Google

procéder fictivement à des actes prévus par la loi et d'assurer ainsi indirectement la sanction de la loi à des opérations qui lui étaient étrangères.

Les principales opérations sanctionnées par cet expédient sont :

1° *l'émancipation par vente fictive.* Les XII Tables avaient prononcé la déchéance de la puissance paternelle contre le père qui avait vendu son fils 3 fois. Les pontifes profitèrent de cette disposition pénale pour introduire l'émancipation volontaire du fils en faisant procéder son père à une triple vente fictive.

2° *le transfert de la propriété par une vente fictive*, la *mancipatio nummo uno*. Lorsqu'une personne voulait transférer à une autre la propriété d'une chose pour un autre motif que la vente, par exemple à titre de donation, elle n'avait qu'à faire une vente fictive, c'est-à-dire une mancipation pour un prix dérisoire, 1 sesterce. Le paiement de ce sesterce suffisait au transfert de la propriété, les XII Tables ayant prescrit que, à la suite d'une mancipation, la propriété passerait du vendeur à l'acheteur dès que le prix déclaré aurait été payé par ce dernier.

Cette *mancipatio nummo uno* avait une application multiple. Elle servait entre autres à la conclusion du mariage par *coemptio*, à la confection du testament *per aes et libram*.

Une de ses applications les plus importantes est la fiducie, la *mancipatio fiduciae causa nummo uno*. C'est la vente fictive opérée dans le but de transférer à quelqu'un la propriété d'une chose, à charge de la restituer conformément au *pactum fiduciae* ajouté à la mancipation. Ce pacte n'était pas à l'origine une convention reconnue par le droit et munie d'une action. C'était, comme son nom l'indique, un simple rapport de confiance ; l'acquéreur s'engageait sur son honneur et sa foi à restituer la chose aux

Digitized by Google

termes du *pactum fiduciae ;* l'autre partie s'en remettait à la loyauté de l'acquéreur. Plus tard, la fiducie fut sanctionnée par l'*actio fiduciae*. Cette action est très importante pour l'histoire du développement du droit romain, parce qu'elle est la première action romaine de bonne foi.

La fiducie était employée soit comme *fiducia cum creditore* pour constituer un gage, soit comme *fiducia cum amico* dans divers buts, ainsi pour opérer un dépôt, un prêt à usage, etc.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Seconde période : Ius civile et ius gentium.

SECTION I

Le ius gentium.

§ 17. — Introduction.

La seconde période est celle de la dénationalisation du droit romain, qui, d'un droit local et national devient un droit universel et cosmopolite. Cette transformation s'imposait par suite des destinées politiques de Rome, qui, de simple chef-lieu du Latium, était devenue par des conquêtes successives, la capitale du monde civilisé. Dans cette nouvelle Rome, le système de l'ancien *ius civile* ne pouvait pas se maintenir. C'était un droit purement national destiné aux seuls Romains et façonné pour eux ; il fallait maintenant un droit plus large, plus souple, applicable à tous et adapté aux besoins d'un grand Empire. Les Romains surent remplir cette tâche à la perfection, grâce à leur réceptivité qui leur faisait prendre chez les nations vaincues les institutions qui leur paraissaient utiles et leur permettait de se les assimiler facilement, grâce aussi à la prudence que leur sens pratique et conservateur ap-

Digitized by Google

portait aux innovations. Le droit nouveau qui en résulta est précisément le *ius gentium*.

§ 18. — Origines du ius gentium.

Dans la Rome primitive, l'étranger est dépourvu de toute capacité civile. Il ne peut procéder valablement aux actes du *ius civile* et devenir sujet de droit que si, comme les Latins, il a obtenu le *commercium*, ou bien s'il appartient à un Etat qui comme le fit souvent Carthage, a conclu avec Rome un traité d'établissement et de commerce. Dans ce dernier cas, le traité aura fixé lui-même les règles de droit à appliquer et la procédure à suivre. Les tribunaux internationaux établis par de tels traités s'appelaient tribunaux de récupérateurs. Mais naturellement ces traités et ces tribunaux internationaux disparurent avec la chute et la conquête des Etats correspondants, avec leur réduction au rang de province. On ne pouvait pourtant pas laisser dépourvus de tout droit les provinciaux qui affluaient en grand nombre à Rome, qui contribuaient à sa prospérité en y apportant des richesses considérables et en y faisant le commerce, et qui étaient en relations d'affaires constantes avec les citoyens Romains. Aussi, dès l'année 242 avant J.-C. un magistrat spécial le préteur pérégrin est-il institué pour rendre la justice aux pérégrins. C'est dans cette juridiction des pérégrins que se forma le *ius gentium* romain.

Le *ius gentium* est-il une création originale des Romains ou bien un emprunt aux droits étrangers ?

La question est très controversée. Il est cependant un fait certain qui fait pencher la balance en faveur de l'origine étrangère, c'est que un droit commercial international existait bien avant la domination romaine dans le bassin

Digitized by Google

de la Méditerranée, où il avait été répandu par les Phéniciens et plus tard par les Grecs. Ces derniers ont aussi un droit propre à chaque cité réservé aux ressortissants de la cité et un droit commun à toutes les cités applicable à tous. D'après une hypothèse récente de M. Revillout, ce droit commun de la Méditerranée serait d'origine Chaldéenne et Egyptienne.

§ 19. — Ius civile et ius gentium.

Le *ius civile* était un droit strict, rigoureux et formaliste. Le *ius gentium* par contre était souple, équitable et difforme. Ces qualités le firent adopter aussi pour les citoyens Romains. Il n'avait été d'abord qu'un droit destiné aux étrangers et à leurs rapports avec les citoyens Romains ; il devint peu à peu un droit commun aux Romains et aux pérégrins, applicable aux premiers aussi bien qu'à ces derniers (cf. § 8). Cette naturalisation du *ius gentium* fut opérée par le préteur urbain dans le dernier siècle de la République. Son intervention dans ce sens commence vers l'année 125 avant J.-C., et c'est pourquoi cette date marque le début de la seconde période.

Il ne faudrait pas croire que l'admission du *ius gentium* entre citoyens Romains ait eu pour effet immédiat d'écarter complètement l'ancien *ius civile*. Le vieux droit national se maintint à côté du nouveau droit international (cf. § 8), et il en résulta un dualisme s'étendant à presque toutes les institutions. Celles-ci se trouvèrent ainsi être dédoublées : à chaque institution du *ius civile*, toujours réservé aux citoyens, correspond désormais une institution parallèle du *ius gentium* accessible à tous.

Cette coexistence, cette lutte de deux droits parallèles appliqués simultanément devait produire les résultats les

Digitized by Google

plus heureux. Le *ius civile* était une école remarquable de précision, de netteté, de logique rigoureuse. Le *ius gentium* était l'école de l'équité, de la bonne foi, qui s'attache non à la forme des actes mais à leur fond et cherche en conséquence la volonté des parties, l'intention du législateur, sans s'arrêter uniquement aux termes employés, bref qui s'attache à l'esprit (*id quod mente actum est*) et non à la lettre (*id quod dictum est*). Les deux systèmes se complétaient l'un l'autre et c'est leur combinaison, leur pénétration réciproque qui donna naissance au droit classique romain, au droit des trois permiers siècles de l'Empire, au droit des Pandectes, à la création la plus importante de l'activité juridique des Romains.

Dans ce droit développé, l'ancien *ius civile* a fini par disparaître presque complètement. Il est tombé en désuétude sous l'action de deux causes principales :

1° Tout d'abord l'octroi toujours plus large du droit de cité romain à des provinces auxquelles le *ius Quiritium* était totalement étranger et qui n'en faisaient aucune application. Cette première cause de disparition s'accentua lorsque vers 212 Caracalla accorda le droit de cité à tous les provinciaux.

2° Ensuite l'influence toujours grandissante des provinciaux, qui naturellement négligent l'ancien *ius civile*. Les provinciaux non seulement arrivent au pouvoir suprême avec Trajan, un Espagnol, et avec les Sévères, des Phéniciens, mais encore et surtout ils fournissent à la science du droit les noms les plus illustres, Julien, Africain, Papinien, Ulpien, etc. Ils ont en outre déjà à l'époque classique une école de droit florissante et influente à Béryte en Phénicie.

En somme, la naturalisation du *ius gentium* à Rome avait été opérée par le préteur, sa victoire définitive sur le *ius civile* fut l'œuvre des juristes classiques et des empe-

Digitized by Google

reurs provinciaux. Edit du préteur, jurisprudence classique, législation impériale, telles sont les principales sources du droit de la seconde période.

Section II

Sources du droit.

A. Edit du préteur.

§ 20. — **Ius edicendi et ius honorarium.**

Le *ius edicendi* est le droit appartenant aux magistrats supérieurs romains d'adresser au peuple des communications orales ou plus tard écrites appelées *edicta*. Les magistrats usaient en particulier de ce droit pour publier à leur entrée en charge le programme qu'ils entendaient suivre dans leur administration. C'est ainsi que les préteurs annoncent les principes de leur juridiction civile dans leur programme inaugural appelé *edictum perpetuum*, édit permanent, parce qu'il est établi pour toute la durée de leurs fonctions, et par opposition aux *edicta repentina* rendus suivant les besoins pendant la durée de leur charge sur des cas nouveaux qui n'avaient pas été prévus par l'édit inaugural.

Ces *edicta perpetua* disparaissaient avec les préteurs qui les avaient émis pour être renouvelés par leurs successeurs, ils ne liaient même pas plus leurs auteurs qu'un manifeste quelconque ; comment peuvent-ils être considérés comme une source de droit ?

Il faut distinguer ici entre l'édit du préteur pérégrin et celui du préteur urbain.

Digitized by Google

La juridiction du préteur pérégrin reposait uniquement sur son *imperium* illimité. Sa volonté souveraine était la seule base de ses décisions, l'unique source des règles qu'il appliquait, et ainsi son édit, en tant qu'expression de sa volonté, était bien une source de droit.

Mais pour le préteur urbain il en était tout autrement. Son *imperium* était étroitement limité par la loi, sa mission était en effet de dire le droit (*iurisdictio* de *ius dicere*) entre les citoyens, droit fixé fermement par la loi et son *interpretatio*, par les anciennes coutumes, et que le magistrat n'avait pas le pouvoir de modifier. Son rôle consistait simplement à donner à l'accomplissement de la *legis actio* par les parties son concours conformément à la loi. Tout au plus pouvait-il, comme on l'admet généralement, suppléer aux lacunes du droit, en intervenant librement et souverainement en vertu de son *imperium*, là où la loi faisait défaut.

La situation fut profondément changée vers 125 avant J.-C. par la loi *Aebutia* qui affranchit le préteur du joug inflexible des légisactions. Cette loi permit au préteur urbain de remplacer sur la demande des parties la légisaction par une formule, c'est-à-dire par un ordre écrit du préteur au juge instruisant ce dernier sur la manière dont il aurait à juger. Le préteur avait le contrôle du choix des parties; dès lors il en résulta nécessairement pour lui le pouvoir de refuser la légisaction quand il accordait la formule et de refuser la formule quand il accordait la légisaction. Ce pouvoir nouveau conféré au préteur sur les légisactions et sur le juge lorsque ce dernier est saisi par une formule qui tire son existence et sa force de la volonté du magistrat, donne à ce dernier le rôle d'un législateur. Ce n'est plus la loi qui accorde les actions, c'est le préteur. Dès lors son édit devient une source de droit des plus abondantes et lui permet de réformer le droit en refusant les actions que la loi donnait tout en n'accordant pas de for-

Digitized by Google

mule à leur place et en octroyant une formule même là où la loi refusait une action.

Cependant, l'*edictum perpetuum* du préteur urbain ne valait toujours comme celui du préteur pérégrin que pour l'année de ses fonctions et, en principe, ne liait même pas juridiquement son auteur.

Mais, pour le second point, le préteur qui s'écartait de son édit s'exposait à l'*intercessio paris maiorisve potestatis* (cf. § 12 in f.) et au soupçon d'arbitraire qui pouvait entraver sa carrière politique et lui faire encourir une accusation publique à sa sortie de fonctions. D'ailleurs, dès 67 avant J.-C., une *lex Cornelia* obligea les préteurs à s'en tenir à leurs édits.

Quant au premier point, les préteurs nouvellement nommés avaient l'habitude d'adopter dans leurs édits les dispositions de leurs prédécesseurs que l'expérience avait consacrées. Une partie considérable de l'édit, partie toujours plus grande, se transmettait ainsi de préteur à préteur (*edictum translaticium*); cela donnait au droit prétorien une fixité égale à celle de la loi avec cet avantage en plus que le renouvellement annuel de l'édit permettait d'écarter les dispositions malheureuses et d'appliquer ainsi la méthode expérimentale à la réforme du droit. L'édit du préteur joint d'une façon unique la précision de la loi écrite à la souplesse du droit coutumier, — il est l'organe vivant du droit : *viva vox iuris civilis*.

Le danger d'arbitraire dans les réformes prétoriennes était écarté par suite de la publicité complète des actes du préteur, publicité qui le mettait sous le contrôle de l'opinion publique et en faisait ainsi l'organe des vœux du peuple. Ces vœux étaient exprimés par un conseil de juristes qui assistaient le préteur dans tous ses actes et que le magistrat consultait pour toutes les décisions importantes, en particulier pour la rédaction de son édit.

De même que les préteurs, les édiles curules, chargés de

Digitized by Google

la police des marchés, rendaient des édits qui intéressent le droit civil en tant que réglementant les ventes d'esclaves et de bestiaux sur le marché. En province, les édits des gouverneurs correspondaient à ceux des préteurs à Rome et suivaient comme modèle surtout l'édit du préteur pérégrin ; les édits des questeurs correspondaient dans les provinces sénatoriales à ceux des édiles curules à Rome.

L'ensemble de tous ces édits forme le *ius honorarium*, c'est-à-dire créé par les magistrats, par opposition au *ius civile* issu d'une autre source (cf. § 8). Le droit prétorien est pour nous la partie la plus importante du droit honoraire.

§ 21. — Droit prétorien, ius civile et ius gentium.

Le préteur n'a pas le pouvoir législatif ; il ne peut pas créer des règles générales obligatoires par elles-mêmes, c'est-à-dire des règles que le juge doit appliquer d'office. Il ne peut pas non plus abolir les règles du droit positif établi par une source normale du droit. Mais, revêtu du pouvoir exécutif, il est maître de la réalisation judiciaire du droit et peut dans chaque procès, grâce à la formule introduite par la loi Aebutia, ordonner au juge soit la non-observation d'une règle du *ius civile* soit l'observation d'une règle étrangère au *ius civile*. Il ne peut directement ni abroger une règle de droit ni en créer une nouvelle, mais il arrive pratiquement au même résultat en établissant dans son édit les cas dans lesquels il s'opposera à l'application du *ius civile* et le remplacera par des règles différentes. Cependant le *ius civile* reste virtuellement en vigueur et le juge doit l'appliquer s'il n'a reçu du préteur un ordre contraire. Le juge ne peut au contraire appliquer le droit prétorien que s'il en a reçu l'ordre dans la for-

Digitized by Google

mule qui le saisit. Mais cet ordre on peut le prévoir sûrement grâce au caractère tralatice de l'édit et grâce à la nécessité, d'abord politique et morale, ensuite juridique, de s'y conformer. Ainsi il se forme en face du *ius civile* un système complet de droit prétorien. Le droit romain est désormais double, *ius utrumque :* à chaque institution du *ius civile* correspond une institution parallèle du droit prétorien ; ainsi à côté de la propriété civile, du *dominium ex iure Quiritium*, se forme la propriété prétorienne, l'*in bonis habere*, parallèlement à la succession civile, *hereditas*, se trouve la succession prétorienne, *bonorum possessio*, etc. Seulement, le préteur n'étant pas législateur, ne peut pas rendre *dominus* ou *heres* celui qui ne l'est pas d'après le *ius civile*, il ne peut que lui donner la possession de la chose ou de l'hérédité et l'y protéger comme un *dominus* ou un *heres*. Mais la qualité de *dominus* ou d'*heres* reste tout de même acquise au propriétaire ou à l'héritier civil.

Cette antithèse du *ius civile* et du droit prétorien correspond en gros à celle du *ius civile* et du *ius gentium*, le préteur ayant été le principal facteur de la naturalisation du *ius gentium* (cf. § 19). Les deux termes ne se couvrent cependant pas entièrement, en premier lieu parce que certaines règles prétoriennes sont destinées aux seuls citoyens romains et forment dans ce sens du *ius civile*, en deuxième lieu parce que certaines institutions *iuris gentium* ont été adoptées directement par une autre voie que l'édit du préteur et dans ce sens rentrent dans le *ius civile* (cf. § 8).

Il ne faudrait pas croire que le rôle du préteur vis-à-vis du *ius civile* ait été uniquement de réformer ce droit. De nombreuses dispositions prétoriennes, n'ont, aussi après la loi Aebutia, d'autre but que de faciliter l'application du *ius civile*, de pourvoir à sa réalisation judiciaire, ou bien

Digitized by Google

de suppléer à ses lacunes. Aussi les rapports du droit prétorien et du *ius civile* comprennent-ils les trois termes indiqués dans cette phrase de Papinien : ***ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia.***

§ 22. — Créations prétoriennes. Forme de l'édit.

L'édit du préteur était affiché près du tribunal du magistrat sur des tables de bois blanc. De là son autre nom *album praetoris*. Le texte était écrit à l'encre noire avec des en-têtes à l'encre rouge (*rubricae*). Le contenu se divisait en deux parties principales. La première comprend le programme proprement dit du préteur, ses promesses d'accorder ou de refuser une action ou un autre moyen de droit, avec indication des conditions auxquelles il subordonne ces promesses. Ce sont les édits proprement dits : *iudicium dabo, actionem non dabo*, etc. La seconde partie contient les formules des actions et autres moyens de droit promis dans la partie édictale. Pour les actions découlant du *ius civile* il est à remarquer qu'elles ne paraissent dans l'album du préteur que sous forme de formules, le magistrat n'ayant pas à promettre dans un édit spécial une action accordée indépendamment de lui par la loi ou la coutume.

Les principaux moyens de droit créés par le préteur sont :

1° Dans le domaine de la *iurisdictio*, c'est-à-dire dans les contestations sur un droit proprement dit et dont la solution doit être renvoyée à un juge-juré *a*) les exceptions ; *b*) les actions fictives ; *c*) les actions *in factum*. (v. procédure).

2° dans le domaine de l'*imperium*, c'est-à-dire pour les cas où une contestation sur un droit proprement dit n'ayant

Digitized by Google

pas lieu, le préteur n'a pas à renvoyer la décision à un juge, mais intervient directement en vertu de son *imperium* : *a*) les interdits ; *b*) les *missiones in possessionem* ; *c*) la *bonorum possessio*, succession prétorienne ; *d*) l'*in integrum restitutio* ; *e*) les stipulations prétoriennes. (v. procédure ; pour *bonorum possessio*, v. droit de succession).

§ 23. — Déclin de l'activité créatrice du préteur. Rédaction définitive de l'édit.

Le dernier siècle de la République a été l'époque la plus féconde des réformes prétoriennes. Mais avec la naissance de l'empire, avec les pouvoirs grandissants du prince et le rôle de plus en plus effacé des anciennes magistratures républicaines, le préteur est réduit à l'impuissance. Il avait encore le *ius edicendi*, mais il n'osait plus en user librement, il se bornait à reproduire servilement les édits de ses prédécesseurs sans y introduire de son propre chef aucun changement. Le renouvellement de l'édit n'était plus qu'une simple formalité. Cet état de fait fut consacré juridiquement par Hadrien, qui, probablement avant l'année 129, chargea le juriste Julien de faire une rédaction définitive des édits des préteurs urbain et pérégrin et de celui des édiles curules. Dorénavant ces magistrats devront adopter telle quelle dans leur édit la rédaction de Julien. Des changements ne pourront y être apportés que du consentement de l'empereur. Cependant la valeur juridique de l'édit n'a pas changé, il n'est pas devenu une loi valable une fois pour toutes ; il reste dans la forme un acte émanant du magistrat et tirant son existence juridique de la publication que doit en faire chaque nouveau magistrat. D'ailleurs, si le préteur ne peut plus rien changer à son *edictum perpetuum*, il garde encore comme auparavant la

Digitized by Google

faculté d'octroyer suivant les besoins et par simple décret des actions ou autres moyens de droit non prévus par l'édit.

B. La jurisprudence classique.

§ 24. — **Les précurseurs. Ius respondendi.**

Le rôle actif enlevé au préteur dans la formation du droit fut repris sous l'Empire libéral par les juristes et plus tard aussi par la législation impériale.

A la suite de la divulgation de *Flavius* et de l'innovation de *Coruncanius* enseignant le droit publiquement, la connaissance du droit s'était sécularisée (cf. § 16) et les juristes laïques n'avaient pas tardé à acquérir une influence considérable sur le droit, soit en succédant aux pontifes dans l'*interpretatio*, soit en faisant partie du *consilium* du préteur (cf. § 20). — L'exercice de la jurisprudence, bien qu'absolument gratuit, devint bientôt une vocation recherchée et honorée. — L'activité du juriste était encore exclusivement pratique ; il donnait des avis sur des questions de droit soulevées par des cas concrets (*respondere*); il assistait les particuliers dans la rédaction des actes juridiques (*cavere*) et dans la conduite des procès (*agere*). L'enseignement du droit avait le même caractère pratique. Il consistait en un stage auprès d'un juriste expérimenté. Les élèves assistaient simplement à ses consultations et s'instruisaient par l'expérience. — Les premiers ouvrages de droit eurent naturellement le même caractère empirique. C'étaient de simples recueils de formulaires, de *responsa* et de conseils pratiques, sans aucun ordre systématique. Le plus ancien ouvrage de droit dont il soit fait mention, a été publié par *Sextus Aelius Paetus*

Digitized by Google

Catus vers 200 av. J.-C. Il s'appelle *Tripertita* et contient 3 parties : les XII Tables, l'*interpretatio* et les *legis actiones*. Parmi les ouvrages postérieurs, il faut relever les Trois livres *de iure civili* de *Brutus*, préteur vers 130 avant J.-C., dans lesquels peut-être se trouve déjà une tentative de s'élever au-dessus d'un empirisme absolu. Mais le premier essai réel d'exposition méthodique et systématique du droit remonte seulement à *Q. Mucius Scaevola*, consul en 95 avant J.-C., dont *Pomponius* dit : *ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo.* — *Mucius Scaevola* est l'un des plus grands juristes de la République avec *Servius Sulpicius Rufus*, cos. 51 avant J.-C., lequel avait été formé par un élève de *Scaevola*, *Aquilius Gallus*. Scaevola et Servius ont exercé sur la jurisprudence postérieure une influence considérable. A mentionner encore parmi les juristes de la République *Caton le Jeune* mort en 152 avant J.-C.; *Ofilius*, élève de *Servius*, fit le premier un commentaire complet de l'édit du préteur ; un autre élève de *Servius*, *Alfenus Varus*, ancien cordonnier et barbier, arriva au consulat en l'an 39 avant J.-C.

Quelle qu'ait été l'importance de la jurisprudence de la République pour la formation coutumière du droit et l'élaboration de l'édit, elle n'était cependant pas une source indépendante du droit ; l'opinion des juristes ne liait par elle-même ni les juges ni le prétèur. Il en fut tout autrement sous l'Empire. L'influence que les juristes exerçaient en fait par leurs consultations, *responsa*, devait faire désirer au pouvoir impérial de s'allier cette puissance et en même temps de la mettre sous sa dépendance. Les deux buts furent atteints par l'institution du *ius respondendi* imaginée par Auguste. Elle consiste dans le privilège accordé à certains juristes de donner désormais leurs *responsa* officiellement *ex auctoritate principis*. Ce caractère

Digitized by Google

officiel donné aux réponses des juristes brevetés devait leur assurer une autorité égalant en fait celle de la loi. Ces *responsa*, qui devaient être écrits et cachetés, n'avaient d'abord de valeur que dans le cas concret pour lequel ils avaient été donnés, mais il était dans la nature des choses que leur autorité fût aussi invoquée dans d'autres procès où ils pouvaient également s'appliquer par analogie. Cette extension fut confirmée par un rescrit d'Hadrien décidant que les réponses des juristes brevetés auraient force de loi lorsqu'elles seraient concordantes. L'opinion des juristes est ainsi devenue sous certaines conditions une source directe de droit, source absolument indépendante quant au fond, les *responsa* n'ayant pas besoin d'être motivés et de s'appuyer sur une autre règle de droit.

Une autre circonstance accentua l'importance de la jurisprudence, c'est la création par Hadrien d'un conseil permanent de juristes chargés d'assister le prince dans l'élaboration des lois impériales, qui, depuis Hadrien, deviennent une source abondante du droit.

Pour toutes ces raisons, la jurisprudence prit sous l'Empire un essor vigoureux et attira à elle toutes les forces vives de la cité, éloignées désormais de la carrière politique et militaire. L'enseignement du droit prit aussi une importance grandissante et nécessita la création de vraies écoles scientifiques de droit, *stationes ius publice docentium*.

§ 25. — **Sabiniens et Proculiens.**

Depuis Auguste jusqu'à Hadrien les juristes de l'Empire se séparent en deux sectes rivales, en deux écoles, les Sabiniens et les Proculiens. Cette division se rattache à la rivalité de deux juristes du temps d'Auguste, Labéon et Capiton. Labéon, esprit libre et caractère indépendant,

Digitized by Google

fidèle à la République et hostile à l'Empire naissant, novateur hardi en jurisprudence, est considéré comme le fondateur de l'école Proculienne, qui tire son nom de son successeur Proculus. Capiton, obséquieux jusqu'à la servilité, accepte le fait accompli en politique comme en jurisprudence, défend la politique d'Auguste et, en matière de droit privé, s'en tient uniquement à la tradition et à la routine. Il est considéré comme le chef de l'école Sabinienne, nommée ainsi d'après son successeur Sabinus.

Ces divergences personnelles entre Labéon et Capiton pourraient faire croire à une opposition de tendances et de principes entre les deux sectes qui se réclament d'eux. Il n'en est rien. Les controverses à nous connues ne justifient nullement cette présomption ; elles nous montrent les divergences portant généralement sur des points secondaires qui ne trahissent en rien une direction générale différente. Et ainsi, la division se sera ramenée probablement à la simple rivalité de deux véritables écoles d'enseignement du droit, qui séparent leurs élèves présents et passés beaucoup plus par suite des liens naturels de l'habitude et d'esprit de corps que par suite d'une différence de principes. L'organisation de ces écoles n'est pas bien connue et les chefs qu'on nous montre se succédant à leur tête peuvent bien n'avoir été que des membres influents de la secte choisis comme patrons, comme protecteurs de l'établissement d'enseignement. Quoi qu'il en soit, la division disparaît complètement au milieu du second siècle, époque à laquelle le sabinien *Gaius* en est le dernier représentant.

Les principaux Proculiens après Labéon sont : *Proculus*, *Nerva*, père et fils, *Neratius*, et les deux *Celsi* dont le second, consul pour la seconde fois en 129, est célèbre par l'originalité et l'énergie de ses opinions.

Les principaux Sabiniens sont après *Capito*, *Sabinus* dont les *libri tres iuris civilis* restèrent la rédaction défi-

Digitized by Google

nitive du *ius civile*, *Cassius* d'où les Sabiniens tirent leur second nom *Cassiani*, *Javolenus*, *Julien*, le rédacteur de l'édit, un des plus grands juristes de Rome, *Pomponius*, dont l'aperçu historique sur les origines du droit romain est pour nous de la plus haute importance, enfin *Gaius*, dont nous possédons les *Institutiones*.

§ 26. — Les grands juristes classiques.

Avec Julien commence pour la jurisprudence romaine l'ère dans laquelle elle atteint son apogée ; certains auteurs réservent à cette ère le nom de période classique, alors que d'autres font déjà rentrer parmi les classiques aussi les juristes antérieurs à partir de Labéon. Nous suivrons cette dernière terminologie.

Le grand ouvrage de Julien, ses *Digesta*, commentaire étendu de l'édit et du *ius civile*, est le point de départ de toute la jurisprudence postérieure, qui l'a utilisé et cité plus qu'aucun autre. A mentionner après Julien son élève *Africain*, ensuite *Marcellus* et *Cervidius Scaevola*, enfin les trois grands coryphées de la jurisprudence classique *Papinien*, *Paul* et *Ulpien*.

Papinien, originaire de Syrie, élève de Cervidius Scaevola, fut préfet du prétoire sous Septime Sévère dès 203. Fut mis à mort en 212 sur l'ordre de *Caracalla* pour n'avoir pas voulu justifier le meurtre de *Geta*. Il a laissé des *Quaestiones* et des *Responsa*.

Paul et *Ulpien*, assesseurs de Papinien sous Septime Sévère, préfets du prétoire sous Alexandre Sévère, n'ont plus la puissance originale et créatrice de leur prédécesseur. Ulpien surtout, originaire de Tyr, assassiné dans une révolte de prétoriens en 228, n'est qu'un compilateur de la jurisprudence antérieure. Très fertiles tous les deux,

Digitized by Google

ils ont fourni la moitié du contenu des Pandectes, soit un tiers Ulpien et un sixième Paul. Après eux, Modestin est le dernier des juristes classiques. La jurisprudence déchoit rapidement et perd toute vigueur et toute force créatrice.

§ 27. — Les œuvres des juristes classiques.

Les juristes romains étaient avant tout des patriciens. Aussi leurs œuvres ont-elles été inspirées surtout par les besoins de la vie et de la pratique et sont-elles essentiellement casuistiques. Elles ne développent la théorie que pour mieux résoudre les problèmes pratiques et cela même dans les ouvrages qui suivent un plan méthodique et systématique. Font seuls exception, leurs petits traités élémentaires destinés à initier les commençants à la science du droit, *institutiones*.

Leurs autres ouvrages se ramènent aux catégories suivantes :

1° Les traités de *ius civile*, basés principalement sur le traité de *Sabinus*, qui repose probablement lui-même sur le système de *Q. Mucius Scaevola*.

2° Les commentaires de l'édit, *libri ad edictum*.

3° Les recueils de *responsa*.

4° Les *quaestiones* et *disputationes* : discussions plutôt théoriques de cas particuliers, concrets ou fictifs.

5° Les *digesta*, sortes d'encyclopédies méthodiques commentant surtout l'édit, mais aussi le *ius civile* et des cas particuliers.

6° Les recueils de règles élémentaires et de généralités destinés soit à l'enseignement, soit à la pratique : *regulae*, *definitiones*, *sententiae*.

7° Les monographies sur des sujets spéciaux divers.

Les œuvres des juristes classiques nous sont partielle-

Digitized by Google

ment parvenues grâce à la compilation de Justinien. En dehors de cette compilation nous n'avons conservé que

1° Les *Institutiones* de *Gaius*, découvertes par Niebuhr en 1816 dans un palimpseste de Vérone. Avant cette découverte on n'avait de cet ouvrage qu'un extrait contenu dans la loi romaine des Wisigoths.

2° Un abrégé fait au 10e siècle des *Regulae* d'Ulpien.

3° Un abrégé des *Sententiae* de Paul contenu dans la loi romaine des Wisigoths.

4° D'autres fragments moins importants.

C. Législation impériale.

§ 28. — Introduction : Le principat d'Auguste.

Les conquêtes de Rome et l'agrandissement constant de son empire, qui avaient amené une transformation de son droit privé (cf. § 17), rendirent aussi nécessaire une modification de son organisation politique. Après l'essai malheureux de César d'établir une monarchie absolue, Auguste trouva une forme politique plus heureuse qui devait durer jusqu'à Dioclétien et qu'on appelle le principat. Le trait essentiel du nouveau régime est le partage des pouvoirs entre le prince et le Sénat. C'est, par opposition à la monarchie, gouvernement d'un seul, une *dyarchie*, gouvernement de deux autorités. Seulement, dans cette division des pouvoirs, la prépondérance est assurée au prince et le Sénat ne peut pas s'opposer efficacement à l'accroissement continu de la puissance impériale, accroissement qui aboutit à la monarchie absolue sous Dioclétien et Constantin.

Le principat n'abolit pas en principe la souveraineté du

Digitized by Google

peuple : le prince est censé représenter le peuple. Mais en fait les comices n'exercent plus depuis Tibère leur pouvoir législatif. Quant à leur pouvoir électoral, il fut transféré au Sénat sous Tibère.

Les pouvoirs du prince sont viagers. Ils reposent sur son *imperium* proconsulaire et sur sa *potestas* tribunicienne. En vertu de son *imperium* proconsulaire, il est chef de l'armée, administre les provinces impériales, qui sont celles précisément où il y a des troupes, décide la paix ou la guerre et conclut les traités. En vertu de sa puissance tribunicienne il est inviolable et peut paralyser par son intercession l'action de la constitution. Il partage avec le Sénat le pouvoir judiciaire.

Le Sénat élit les magistrats républicains, administre les provinces sénatoriales et dirige le trésor public, *aerarium*, qu'il faut distinguer maintenant du trésor privé du prince, *fiscus*.

Quant au pouvoir législatif, il est d'abord exercé par le Sénat et ensuite surtout par le prince.

§ 29. — Senatus-consultes.

Le rôle législatif du Sénat se bornait sous la République à recommander par ses avis, *senatus consulta*, l'acceptation ou le rejet d'un projet de loi et à donner des instructions aux magistrats juridictionnels pour les inviter à faire des réformes. Au début de l'Empire, surtout à partir de Tibère, le prince évite les comices et s'efforce de les remplacer par le Sénat, dont les avis se substituent ainsi aux lois du peuple et parviennent, après quelque résistance, à obtenir force de loi. Mais le Sénat n'intervient d'abord que sous l'ancienne forme d'instructions aux magistrats. A partir du commencement du second siècle seu-

Digitized by Google

lement il s'affranchit de ce procédé indirect et établit directement des règles de droit civil.

Dans son nouveau rôle législatif, le Sénat n'a été qu'un instrument aux mains du prince qui, au début de l'Empire, n'osait pas légiférer ouvertement. Quand il voulait intervenir dans le domaine du droit, le prince présentait au Sénat, dans une *oratio*, un projet de S. C. — Le Sénat bien entendu acceptait régulièrement la proposition du prince (*S. C. auctore principe factum*). Aussi en arriva-t-on à considérer l'*oratio principis* comme étant l'essentiel. Dès lors le pouvoir législatif du prince est ouvertement admis et les S. C. finissent par disparaître comme source de droit pour faire place, dès le début du 3e siècle, à la législation directe du prince, qui devient désormais la source presque exclusive du droit.

§ 30. — **Constitutions impériales.**

Avant que le pouvoir législatif du prince ait été reconnu en principe, l'empereur avait déjà pu exercer une action directe sur le droit par des actes de gouvernement appelés plus tard constitutions impériales et qui se ramènent à 4 catégories :

1° *Mandata :* instructions du prince à ses fonctionnaires, lesquels sont ses mandataires.

2° *Edicta :* programmes de gouvernement affichés publiquement.

3° *Decreta :* jugements rendus par le prince en sa qualité de juge suprême.

4° *Rescripta :* réponses du prince à des consultations de droit émanant de particuliers ou de fonctionnaires. Ces rescripta correspondent aux *responsa* des juristes et ont le caractère d'une interprétation authentique du droit.

Digitized by Google

La valeur de ces actes varie avec chacun d'eux. Les *mandata* n'existent que pour le fonctionnaire qui les a reçus et disparaissent avec lui de même qu'ils tombent avec le prince qui les a donnés. Les *edicta* par contre s'adressent à tous et valent pour tout l'Empire ; mais, de même que les édits des magistrats, ils n'existent que pour la durée des fonctions de leur auteur et disparaissent, au moins à l'origine, avec le prince qui les a rendus. Les *decreta* et *rescripta* ne sont à l'origine que des décisions de cas particuliers, valables seulement pour le cas en question. Mais ici aussi, comme pour les *responsa* des juristes (cf. § 24), il était dans la nature des choses que leur autorité fût invoquée dans d'autres cas analogues.

La valeur juridique de tous ces actes du prince, sauf les *mandata*, fut foncièrement changée lorsque le pouvoir législatif de l'empereur fut reconnu. Dès lors, c'est-à-dire dès le début du 2e siècle, le prince peut établir des règles ayant force de loi définitive et générale. Il le fait surtout dans ses *decreta* et *rescripta* qui, depuis Hadrien, deviennent une source abondante du droit et sont affichés publiquement aussi bien que les *edicta*. Ces différents actes ont désormais une valeur législative qui s'étend au-delà de la vie de leur auteur, au delà du cas particulier qui les a provoqués sauf bien entendu s'ils ont été rendus avec la volonté d'en restreindre la portée. C'est ce qui avait nécessairement lieu pour les *mandata* et c'est pourquoi ceux-ci n'ont pas changé de caractère en droit, bien qu'en fait une pratique constante se soit formée dans leur domaine spécial, qui est surtout celui du droit administratif. A remarquer aussi que tous les actes du prince sont annulés lorsque le Sénat lui a infligé après sa mort la *damnatio memoriae*.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Troisième période : De Dioclétien à Justinien. Codification.

SECTION I

Introduction.

§ 31. — **Caractéristique.**

La troisième période est celle de l'unification et de la dénationalisation définitives du droit romain par la suppression des derniers vestiges de l'ancien *ius Quiritium* et la disparition de l'opposition entre *ius civile* et *ius honorarium*. Ce n'est pas une période de création originale, mais bien de fixation, de coordination et d'assimilation des résultats acquis.

La dénationalisation s'opère par suite du déplacement sous Constantin du centre de gravité de l'Empire de Rome à Byzance, par suite de la prépondérance assurée ainsi à l'Orient grec, par suite aussi de la victoire du christianisme qui modifie profondément les idées et les mœurs. Quant à l'unification formelle du droit et à la disparition du dualisme entre droit civil et droit honoraire, elle résulte des changements politiques survenus dans la consti-

Digitized by Google

tution de l'Etat. Après l'anarchie politique et militaire qui a suivi le règne des Sévères, après les dangers d'invasion encourus au cours du troisième siècle et qui nécessitaient l'établissement d'un pouvoir fort et solide, la dyarchie du principat achève de se transformer sous Dioclétien en une monarchie absolue. Dès lors, la volonté du monarque est la seule source du droit, son seul fondement. Il ne peut plus être question, si ce n'est comme souvenir historique, d'un dualisme reposant sur la nature des sources du droit, comme l'était celui du droit civil et du droit honoraire. D'ailleurs, la transformation de la procédure rendait elle aussi cette distinction inopérante. La procédure formulaire avec sa division du *ius* et du *iudicium* a complètement disparu. Elle est remplacée par la procédure extraordinaire dans laquelle le fonctionnaire de l'empereur exerce seul la juridiction complète sans renvoyer la décision à un juge juré, dans laquelle par conséquent la formule d'action n'existe plus. Or, c'était par son insertion dans la formule que, dans son application, le droit prétorien, le droit honoraire, se distinguait du *ius civile*, le juge ne pouvant appliquer le droit prétorien que sur ordre du préteur, tandis qu'il appliquait d'office le *ius civile* (cf. § 21). Le juge-fonctionnaire de l'empire byzantin applique au contraire d'office toutes les règles de droit sanctionnées par la volonté du monarque, qu'elles soient d'origine prétorienne ou d'origine civile.

Avant d'aborder l'étude des sources du droit dans notre période, il est à remarquer que la séparation accomplie par Théodose de l'Empire d'Orient et de l'Empire d'Occident n'entama pas l'unité législative de l'Empire. Les deux empires ont leur administration distincte, mais la législation est commune ; chaque empereur communique ses lois à l'autre monarque, de façon qu'elles soient publiées et entrent en vigueur dans les deux Empires à la fois.

Digitized by Google

Section II

Sources du droit.

§ 32. — **Ius et leges.**

Dans la nouvelle monarchie absolue où la volonté du monarque est la loi suprême, la seule source active du droit ce sont naturellement les actes législatifs de l'empereur, les constitutions impériales.

Ces constitutions ont pris des formes nouvelles. Les *mandata* n'existent plus, car l'administration est unifiée par suite de la disparition des provinces sénatoriales et centralisée au moyen d'une hiérarchie bureaucratique de fonctionnaires salariés. Les *decreta* et *rescripta* sont redevenus des décisions de cas particuliers n'ayant de valeur que pour le cas où ils ont été donnés. Restent les *edicta*, appelés aussi *leges edictales* ou *generales*, qui sont devenus la forme normale de législation et ont remplacé les *orationes principis in senatu habitae*. Ils sont généralement adressés au Sénat, devenu maintenant une simple assemblée municipale.

Le style des constitutions impériales est encore excellent sous Dioclétien et l'on sent que le conseil des juristes impériaux était resté jusqu'alors imbu des traditions de la jurisprudence classique. Mais avec Constantin, la langue des constitutions devient prolixe et ampoulée, la rhétorique a remplacé la jurisprudence.

Bien que sous ses nouvelles formes la législation impériale soit devenue l'unique source active du droit, elle n'a cependant pas aboli le droit classique qui reste encore en vigueur. Seulement, une transformation importante s'est

Digitized by Google

produite dans l'utilisation des sources anciennes. Au lieu de remonter directement à la source première, aux lois, aux sénatus consultes, aux édits, etc., on consulte les œuvres des juristes classiques où toutes ces sources se trouvent systématiquement expliquées et commentées. De cette façon la littérature classique prend peu à peu une autorité nouvelle qui en a fait la source rétroactive, l'interprétation authentique du droit ancien. Cette autorité fut confirmée en 426 par une loi de Théodose II et de Valentinien III appelée la loi des citations. L'empereur reconnaît force de loi aux écrits de Papinien, Paul, Ulpien, Modestin et Gaius et, pourvu qu'on produise l'original, aux œuvres des juristes cités par ces cinq jurisconsultes, c'est-à-dire en somme à toute la jurisprudence classique. En cas de divergence, c'est la majorité qui décide. S'il y a partage égal des opinions, c'est celle de Papinien qui l'emporte ou bien, si Papinien ne s'est pas prononcé, le juge choisit librement l'opinion qu'il préfère. A remarquer dans cette loi des citations que Gaius apparaît pour la première fois revêtu d'une autorité officielle.

La jurisprudence classique ainsi reconnue comme source de droit est appelée dans notre époque *ius vetus* ou *ius* tout court par opposition au droit des constitutions impériales, des *leges*. Cette distinction du *ius* et des *leges* a servi de base à la compilation de Justinien. Elle est un peu indécise en ce qui concerne les constitutions impériales de l'empire païen, celles émanant d'Hadrien et de ses successeurs jusqu'à Dioclétien ; certains textes de notre période les font rentrer dans le *ius*, d'autres dans les *leges*.

Digitized by Google

§ 33. — **Recueils de sources antérieurs à Justinien.**

Le besoin devait se faire nécessairement sentir de réunir dans des recueils faciles à manier les principales sources du droit dont l'ensemble devait être très difficile à posséder et à dominer. Aussi trouvons-nous dès la fin du 3e siècle et le commencement du 4e deux recueils privés de constitutions impériales, 1° le *Codex Gregorianus*, recueil de constitutions depuis Hadrien, jusqu'à Dioclétien, 2° le *Codex Hermogenianus* faisant suite au précédent avec des constitutions de Dioclétien et de Constantin. — Les constitutions de Constantin et de ses successeurs sont réunies dans un recueil officiel promulgué en 438 par Théodose II, le *code Théodosien*.

Quant à la jurisprudence classique, qui devait représenter une bibliothèque énorme, on paraît s'être tiré d'affaire en utilisant surtout quelques livres élémentaires tels que les Institutions de Gaius, les Sentences de Paul et les Règles d'Ulpien. On a cependant découvert au Vatican en 1820 les fragments (*Fragmenta Vaticana*) d'un recueil du 4e siècle qui contenait non seulement des *leges* mais aussi un choix de textes des grands juristes classiques.

§ 34. — **Lois romaines des royaumes barbares.**

Après la chute de l'empire d'Occident, le droit romain s'y est maintenu dans les 3 lois suivantes :

1° l'*Edit de Théodoric* composé vers 500 pour les Ostrogoths. Il contient des fragments des Sentences de Paul et des extraits des 3 codes mentionnés au § 33.

2° la *lex romana des Burgondes* appelée aussi au moyen âge *Papien*. Composée au commencement du 6e siècle, elle

Digitized by Google

contient des extraits des trois codes, de Gaius et des Sentences de Paul.

3° la *lex romana des Wisigoths* composée en 506 sur l'ordre d'Alaric II et appelée plus tard Bréviaire d'Alaric. Elle contient des extraits des trois codes, un abrégé en deux livres des Institutions de Gaius, un abrégé des Sentences de Paul (§ 27), et un fragment de Papinien.

La portée de ces trois lois n'est pas égale. L'édit de Théodoric s'appliquait aux Ostrogoths aussi bien qu'aux Romains, car Théodoric avait conquis l'Italie au nom de l'Empire byzantin et considérait son royaume comme faisant partie de l'Empire romain. Le Papien et le Bréviaire d'Alaric ne sont au contraire destinés qu'aux sujets romains des royaumes burgonde et visigothique, où les populations germaniques continuaient à vivre sous leurs lois nationales.

Au point de vue historique, le Bréviaire d'Alaric est le plus important des trois recueils, parce qu'il a régi la Gaule méridionale pendant plusieurs siècles. Le Papien par contre a disparu avec le royaume burgonde en 534 et l'édit de Théodoric a été aboli par Justinien après la conquête de l'Italie par Narsès.

Section III

La compilation de Justinien.

§ 35. — Historique de la codification.

L'empereur Justinien, sur le trône de 527 à 565, reprit avec succès le plan qui n'avait réussi que partiellement à Théodose II, de faire un recueil complet des *leges* et du *ius*.

Digitized by Google

1° Dès l'année 528 il institua une commission de 10 membres chargée de composer un recueil de constitutions en remplacement des trois anciens codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien. Ce nouveau code fut achevé et mis en vigueur en l'an 529.

2° L'année suivante il chargea Tribonien, *quaestor sacri palitii*, de nommer et de présider une commission de 17 membres pour composer un recueil du *ius*. L'œuvre de cette commission fut achevée en moins de trois ans et publiée sous le nom de *Digesta* ou *Pandectae* par la constitution *Tanta* du 16 décembre 533 pour entrer en vigueur le 30 décembre de la même année.

3° Déjà avant cette date, Tribonien avait, sur l'ordre de Justinien, fait élaborer par Théophile et Dorothée, professeurs de droit, un traité élémentaire sur la base des Institutions de Gaius, destiné à servir d'introduction à l'étude de sa codification. Les Institutions de Justinien, achevées en 533, reçurent également force de loi à partir du 30 décembre 533.

4° Depuis la publication du code de 529, Justinien avait promulgué, dans le but de préparer la rédaction du Digeste, une série de constitutions supprimant les parties mortes du *ius vetus* et tranchant les principales controverses des juristes classiques. Ce sont les *quinquaginta decisiones*. Les innovations qui en résultèrent dans les Institutions et les Pandectes et les changements introduits pendant ce temps par plusieurs autres lois de Justinien nécessitèrent un remaniement et un rajeunissement du code de 529. Aussi une seconde édition revue et corrigée par les soins d'une commission de 5 membres présidée par Tribonien, en fut-elle publiée en 534. Entrée en vigueur le 29 décembre de la même année, elle a supplanté le code de 529 et nous est seule parvenue.

Le code de 534, bien que postérieur aux Institutions et

Digitized by Google

au Digeste, ne devait pas leur être préféré, les trois parties de la codification étant considérées comme formant un seul et même tout indivisible.

Avec le code de 534 l'œuvre de compilation et de codification était achevée. Justinien lui donna une valeur exclusive en abolissant toutes les anciennes sources, *ius* ou *leges*, qui n'avaient pas été admises dans ses recueils. Défense est faite d'y recourir, même pour interpréter la codification. En outre, pour éviter de nouvelles controverses, défense est faite d'écrire des commentaires de la codification. L'empereur seul aura le droit de l'interpréter. De là de nombreuses interventions de Justinien dans de nouvelles constitutions appelées Novelles.

5° Les *Novelles* n'ont pas seulement pour but de trancher les difficultés. Elles sont surtout destinées à modifier le droit classique encore plus profondément que ne l'avait fait la compilation et à l'adapter encore mieux aux besoins et aux idées de l'Orient grec et chrétien.

L'ensemble de l'œuvre de Justinien, non seulement sa codification du *ius* et des *leges*, mais aussi ses Novelles, a pris chez les interprètes modernes le nom de *Corpus iuris civilis*.

§ 36. — Importance de la compilation de Justinien.

Au point de vue de son utilité pour l'application pratique du droit, la valeur de la codification de Justinien peut être contestée. Dans la forme en effet, la division en *ius* et *leges*, la composition par voie de coupures et d'extraits juxtaposés, devaient en rendre difficile l'utilisation pratique. La compilation de Justinien n'en a pas moins été la forme sous laquelle le droit romain a dominé au moyen âge et s'est transmis à l'époque moderne. Mais, à côté de

Digitized by Google

ce rôle prépondérant dans l'histoire du droit moderne, l'œuvre de Justinien a, au point de vue scientifique, une importance capitale pour l'étude de l'histoire du droit romain lui-même.

C'est elle qui nous a conservé presque tout ce que nous possédons des œuvres des juristes classiques. Au dire de Justinien, les Pandectes représentent la 20e partie de l'ensemble des ouvrages classiques qui étaient à la disposition des compilateurs. Or les compilateurs en possédaient environ 2000 *libri*, c'est-à-dire 2000 rouleaux de papyrus correspondant chacun à 36 ou 40 pages imprimées in 8°, soit en tout 72 à 80 mille pages, représentant une centaine de volumes in 8° de 720 à 800 p. D'après ces données les Pandectes doivent correspondre à 100 : 20 — 5 volumes in 8°, ce qui a eu lieu en effet. Mais les Pandectes n'ont pas seulement l'utilité d'être un recueil abondant d'extraits des juristes classiques. Elles ont aussi l'avantage d'indiquer exactement la source des textes qu'elles contiennent. Chaque fragment y est précédé d'une *inscription* qui donne au complet non seulement le nom de son auteur, mais aussi le titre et la partie de l'ouvrage d'où il est tiré. Ces inscriptions nous permettent de reconstituer partiellement les œuvres des juristes classiques et d'en établir le plan. Malheureusement, les Pandectes ne reproduisent pas sûrement et fidèlement le texte original des juristes utilisés par elles. Justinien en effet avait donné pleine liberté à Tribonien et à ses collaborateurs de remanier les textes empruntés à la jurisprudence classique pour les mettre en harmonie avec le droit en vigueur, pour supprimer les parties surannées et pour faire disparaître les anciennes controverses. Les compilateurs firent largement usage de cette liberté ; il en résulta que les textes reçus au Digeste ont subi des modifications nombreuses et importantes appelées soit *interpolations* soit *Tribonianismes* ou *emblemata Triboniani*.

Digitized by Google

La recherche des interpolations a déjà occupé les romanistes français de la Renaissance. A la suite de leurs exagérations elle a été discréditée pendant plusieurs siècles, mais a été reprise activement de nos jours, surtout en Allemagne. L'accord est cependant loin d'être fait sur l'existence et la portée des nombreuses interpolations soutenues par certains auteurs. Mais l'on peut espérer que des résultats certains seront tôt ou tard acquis grâce au perfectionnement des méthodes de recherche.

1° Le moyen le plus sûr, la comparaison du texte original du juriste avec le texte des Pandectes, ne peut naturellement s'appliquer qu'au petit nombre de fragments dont nous avons gardé la version pure en dehors de la compilation, ainsi aux fragments tirés des Institutions de Gaius et à ceux dont l'original se retrouve dans les Fragmenta Vaticana. Si restreinte que soit son application, ce moyen nous révèle au moins le procédé des compilateurs, qui consiste surtout à abréger et à systématiser.

2° Une autre méthode de recherche se base sur l'étude comparative de la langue et du style des compilateurs tels qu'ils ressortent des constitutions de Justinien, opposés à la langue et au style des juristes classiques.

3° Enfin, l'inscription des fragments du Digeste peut montrer à quelle matière ils devaient se rapporter dans l'original suivant le plan de l'ouvrage.

§ 37. — Récapitulation des principales sources à nous parvenues.

1° Les Institutions de Gaius (§ 27).
2° Les Règles d'Ulpien (§ 27).
3° Les Fragmenta Vaticana (§ 33)
4° Le Code Théodosien (§ 33).
5° Les lois romaines des royaumes barbares (§ 34).

Digitized by Google

6° Le *Corpus iuris civilis :*

a) Les *Institutions de Justinien* au complet. Elles forment 4 livres divisés en titres portant des rubriques. Depuis les glossateurs, les titres sont subdivisés en paragraphes, dont le premier s'appelle ***principium*** ou ***proemium*** le numéro 1 étant réservé au deuxième.

b) Le *Digeste* au complet. Le meilleur manuscrit que nous en possédons est la *Florentine* enlevée en 1406 aux Pisans par les Florentins. La Florentine a été écrite vers l'an 600 par des copistes grecs et est à la base des manuscrits postérieurs appelés ***Vulgates***. Ces Vulgates apportent cependant quelques corrections sûres à la Florentine parce qu'ils ont été partiellement collationnés avec un autre manuscrit ancien aujourd'hui perdu.

Les Pandectes forment 50 livres divisés en titres portant des rubriques à l'exception des livres 30 à 32 qui forment un seul titre sous la rubrique : ***de legatis et fideicommissis***. Chaque titre contient des fragments des juristes. Les fragments sont numérotés et divisés aujourd'hui, s'ils sont un peu longs, en ***principium*** et paragraphes. Les fragments sont rangés dans les titres sans ordre logique et systématique. Cela vient, d'après l'opinion généralement admise, de la répartition du travail entre les compilateurs. Ils formaient trois sections s'occupant chacune d'une catégorie spéciale d'ouvrages : la première des écrits sur le *ius civile*, surtout des commentaires ***ad Sabinum ;*** la deuxième des commentaires sur l'édit du préteur ; la troisième des recueils de Quaestiones et Responsa, surtout, des ouvrages de Papinien. Les fragments extraits par les diverses sections ont été simplement juxtaposés dans chaque titre des Pandectes et y forment ainsi trois séries distinctes : la *pars Sabiniana*, la ***pars edictalis*** et la ***pars Papiniana***. Les compilateurs y ont ajouté parfois un appendice formé d'extraits d'ouvrages dépouillés après coup.

Digitized by Google

c) Le *code* de 534 au complet. Il forme 12 livres divisés en titres munis de rubriques. Dans chaque titre les constitutions, subdivisées généralement en *principium* et paragraphes, sont rangées et numérotées par ordre chronologique.

d) Environ 400 Novelles de Justinien conservées en partie dans deux recueils latins, l'*Epitome Juliani* et l'*Authenticum*, en partie dans un recueil grec.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE II

Destinées du droit romain après Justinien.

CHAPITRE PREMIER

Le droit romain en Orient.

§ 38. — Les Basiliques.

Le droit de Justinien resta définitivement le droit de l'Empire d'Orient. Il subit cependant une modification importante dans sa forme lors de la rédaction des Basiliques à la fin du 9e siècle, sous Léon le Philosophe. Dans sa forme première, l'œuvre de Justinien n'était plus à la portée de la jurisprudence déchue de l'Empire Byzantin. On ne se servait plus guère que d'extraits et de résumés. Le Digeste et le Code n'étaient plus abordés. Cette décadence reçut sa consécration officielle dans les *Basiliques* (τὰ Βασιλικά = lois royales) qui réunissent par titres et en abrégé, les textes communs à une même matière des Institutions, du Digeste, du Code et des Novelles. Les Basiliques, écrites en grec, sont importantes pour nous parce qu'elles ont été composées au moyen de versions grecques et de résumés remontant à l'époque de Justinien. Elles nous fournissent ainsi des données précieuses pour la critique du texte du *Corpus iuris civilis* et parfois aussi pour son interprétation.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Le droit romain en Occident.

§ 39. — Les trois Renaissances du droit romain.

1re renaissance : l'*Ecole de Bologne* et les *Glossateurs.*

Le droit romain s'était maintenu en Italie où la codification de Justinien avait été officiellement introduite au nom de l'empereur en 554 après la conquête de Narsès et l'abolition de l'édit de Théodoric (§ 34). Mais on paraît s'y être contenté pour la pratique d'abrégés et d'ouvrages élémentaires, de même qu'on se contentait dans la Gaule méridionale du Bréviaire d'Alaric (§ 34). Quant à la science juridique et à l'enseignement du droit romain, ils n'ont pas entièrement disparu après la chute de l'Empire d'Occident ; une école de droit continuait notamment à fonctionner à Rome. Mais on discute la valeur de la littérature juridique et la nature de l'enseignement du droit avant l'école de Bologne. Cependant le fondateur de la célèbre école des Glossateurs de Bologne, *Irnerius*, avait débuté comme professeur à l'école de droit de Rome. Ses œuvres témoignent d'une connaissance approfondie du *Corpus iuris ;* elles prouvent en conséquence que les traditions classiques s'étaient maintenues à l'école de Rome. Ainsi, la première renaissance des études de droit romain, celle de l'école de Bologne, n'a pas été la résurrection d'une science entièrement morte. Elle n'en est pas moins une

Digitized by Google

renaissance par l'étendue et la profondeur de l'enseignement, par la valeur des travaux des glossateurs, par le succès extraordinaire et universel de leur école, par la vie nouvelle qu'elle donna au droit romain.

Le droit romain était déjà enseigné à Bologne avant *Irnerius*, mais c'est ce juriste qui fonda l'école des glossateurs. Son enseignement à Bologne commence vers 1088 et se termine avec sa mort en 1125. A cet enseignement se formèrent plusieurs disciples et Bologne devint pour plusieurs siècles le centre des études juridiques en Europe. Irnerius et ses successeurs sont nommés glossateurs parce qu'ils accompagnaient les textes du Corpus de courtes explications écrites en marge ou entre les lignes et appelées *Gloses*. Ces Gloses montrent que leur enseignement était essentiellement exégétique et se basait sur l'étude directe et détaillée des sources. C'est cette connaissance approfondie du *Corpus iuris* qui est leur principal mérite. Leur faiblesse, c'est de ne pas avoir eu une notion suffisante de l'histoire et de la littérature romaine, d'avoir négligé l'étude historique du droit romain, qu'ils considéraient d'ailleurs comme une législation encore en vigueur.

Le travail des Glossateurs fut réuni et résumé dans la première moitié du XIIIe siècle par leur dernier représentant *Accursius*. Ce professeur rassembla les principales gloses de ses prédécesseurs en rédigeant une glose d'ensemble appelée *Glossa ordinaria*. Cette glose fut considérée comme l'interprétation définitive du Corps de droit et marqua en conséquence la fin de l'école exégétique des Glossateurs. Après Accurse on ne remonte plus aux textes originaux, on se contente de leur interprétation contenue dans la Glose ordinaire. Dès lors la science du droit perd toute originalité et consiste à commenter la Glose, à gloser les gloses. Cette méthode explique le nom de Commentateurs donné aux Postglossateurs. Leur principal représentant est l'Italien

Digitized by Google

Bartole qui vécut au XIVe siècle et exerça une influence prépondérante jusqu'au XVIe siècle.

L'œuvre des commentateurs, malgré son infériorité scientifique, a joué un rôle considérable dans l'histoire du droit moderne. Ce sont eux qui ont fait passer dans la pratique le droit romain, qui ont créé l'*usus modernus Pandectarum*, en dégageant de l'interprétation des Glossateurs des principes et des conséquences répondant aux besoins de la vie. Ils appliquaient dans ce but la dialectique scolastique qui consiste précisément à poser des principes et à en déduire des conséquences, à donner des définitions et à établir des distinctions. Dans ce travail de construction spéculative ils s'éloignaient de plus en plus des textes romains considérés à travers les gloses des gloses. A la recherche d'idées, ils les empruntaient aussi bien aux droits locaux et au droit canonique qu'au droit romain. Ils créèrent ainsi, comme l'avaient fait autrefois la jurisprudence classique et la législation des empereurs byzantins, un nouveau droit romain international et universel qui conquit pour la seconde fois le monde et fut adopté notamment en Espagne et en Allemagne du XVe au XVIe siècle.

2me *renaissance : l'école française du XVIe siècle, les humanistes.*

Au XVIe siècle se produisit en France une deuxième renaissance des études de droit romain pur, qui diffère profondément de celle du XIe et du XIIe siècle et qui fut une conséquence de la *Renaissance* proprement dite. Les glossateurs, qui envisageaient le droit romain comme une législation en vigueur, l'avaient étudié pour et par lui-même, tel qu'il se présentait dans le *Corpus iuris*, l'acceptant comme un résultat positivement acquis. La formation historique du droit romain ne les touchait pas et intéressait encore moins les Postglossateurs. Mais avec la Renaissance des humanités, c'est-à-dire des études classiques et

Digitized by Google

historiques, le point de vue changea complètement. Les jurisconsultes humanistes cherchèrent à établir la portée et le sens primitif des textes du *Corpus* en s'aidant des nouvelles sciences historiques, de la philologie et de l'archéologie. Ils se débarrassèrent de tout le fatras des commentaires amassés par les postglossateurs et revinrent directement aux sources, mais en tirant profit aussi de toute la littérature romaine non juridique et des nouveaux textes juridiques découverts à leur époque : les Basiliques, les Règles d'Ulpien, le code Théodosien. Ils soumirent ainsi les premiers la compilation de Justinien à une critique historique et cherchèrent à la débarrasser des interpolations pour reconstituer dans sa pureté originale la jurisprudence classique. Mais leurs tendances mêmes les amenaient à négliger l'application du droit. Aussi leur influence, considérable au point de vue scientifique, fut-elle très restreinte sur la pratique. Les tribunaux restaient fidèles aux doctrines des Bartolistes.

Le représentant le plus illustre de l'école française est *Cujas*. Mort à Bourges en 1590, il est considéré jusqu'à présent comme le plus grand interprète du droit romain. Son rival *Doneau* (*Donellus*) représente une tendance à laquelle *Cujas*, exégète avant tout, était resté plutôt étranger, la tendance à faire la synthèse et le système du droit romain. Les deux derniers représentants de l'école française sont *Denys Godefroy* et son fils *Jacques*, mort en 1652. Les Commentaires sur le code Théodosien de Jacques Godefroy ont gardé aujourd'hui encore toute leur valeur. Après les Godefroy, la France n'eut plus qu'un seul romaniste de marque, *Pothier*, mort en 1772. Son principal ouvrage de droit romain est la rédaction des Pandectes dans un ordre systématique. Hors de France, l'école française eut au XVIIe et au XVIIIe siècle une héritière qui reprit et accentua même ses traditions humanistes ; c'est l'école hol-

Digitized by Google

landaise, appelée école élégante pour ses goûts littéraires et archéologiques. Son dernier et plus grand représentant est *Bynkershoek*, mort en 1743. Mais d'une manière générale, la science juridique est en décadence au 18e siècle et se perd dans les rêves de l'école du droit naturel, qui fait abstraction du droit historique et amène les codifications.

3me renaissance : l'école historique allemande.

C'est le mérite de l'école historique allemande d'avoir reconstitué la science moderne du droit par un retour à l'étude des sources romaines avec le secours de l'histoire et de la philologie. Son fondateur, Frédéric Charles de Savigny, né en 1779, mort en 1861, après avoir professé pendant trente-deux ans à l'Université de Berlin, partait de l'idée que le droit d'un peuple n'est pas le produit arbitraire de causes accidentelles, mais bien le résultat nécessaire de l'évolution historique de la nation et qu'ainsi le droit ne peut s'expliquer que par sa propre histoire et l'histoire du peuple auquel il appartient. Conséquent avec lui-même, Savigny s'affranchit de l'*usus modernus Pandectarum* importé en Allemagne et remonta au droit romain pur pour l'étudier dans sa formation historique et dans son développement ultérieur à travers le moyen âge. L'école historique fondée par Savigny donna aux études de droit romain une impulsion extraordinaire considérablement favorisée par la découverte des Institutions de Gaius en 1816. L'Allemagne a fourni pendant le siècle passé une véritable pléiade de grands juristes romanistes. Théodore Mommsen, à la fois historien, juriste et philologue, était la personnification la plus achevée de cette école. C'est à lui que nous devons en particulier la meilleure édition des Pandectes, et les meilleurs traités de droit public et de droit pénal romain. Parmi beaucoup d'autres, relevons le nom de *Jhering*, mort en 1892, qui a opposé avec succès à la théorie trop étroite de Savigny, qui envisageait la création du droit comme

Digitized by Google

purement nationale, l'idée plus large et plus juste d'une formation universelle du droit, par suite des échanges et des emprunts entre nations.

Aujourd'hui, à la suite de l'adoption du code civil allemand, les études de droit romain, subissent en Allemagne un recul inévitable et naturel. Mais la science allemande a fait école en Europe et l'étude du droit romain se poursuit activement dans les principaux pays, notamment en Italie, en France et en Russie. L'Italie et la France ont déjà apporté à la science du droit romain des contributions considérables et se disputent maintenant vivement la succession de l'Allemagne.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE III

—

Partie générale.

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 40. — Introduction.

La partie générale a pour but l'étude des règles communes à tous les rapports juridiques. Ces règles concernent d'une part l'acquisition et la perte des droits, d'autre part leur protection, leur sanction judiciaire. La protection des droits faisant l'objet d'un livre spécial sur la procédure, nous n'étudierons dans celui-ci que l'acquisition et la perte des droits.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE PREMIER

Acquisition et perte des droits.

§ 41. — Les faits juridiques.

L'acquisition et la perte des droits sont rattachées par la loi à certains faits, qu'on appelle les faits juridiques, précisément parce qu'ils ont des effets juridiques. Ces faits sont ou bien des événements naturels indépendants de la volonté humaine, tel l'écoulement du temps, ou bien des actions humaines. Ces dernières sont à leur tour licites ou illicites. Les actions illicites constituent une faute ou un délit, et les conséquences juridiques qui s'y rattachent sont une réaction du droit contre la volonté illicite de leur auteur. Ces conséquences interviennent donc malgré la volonté de l'agent, qui les a peut-être prévues, mais non pas voulues. Quant aux actions licites, elles sont le moyen que la loi met à la disposition des particuliers pour établir, modifier ou éteindre leurs droits. Leurs conséquences juridiques sont donc conformes à la volonté de leur auteur et l'on présume qu'elles ont été toutes voulues, même si elles n'ont pas été toutes prévues. Ces actes licites dont le but immédiat est d'amener un certain effet juridique, s'appellent actes juridiques.

Digitized by Google

§ 42. — **Différents modes d'acquisition.**

Toute acquisition d'un droit est originaire ou dérivative.

Elle est originaire lorsque le droit acquis tire immédiatement son origine de faits juridiques survenus dans la personne de son acquéreur sans le concours d'un titulaire antérieur. Telle est l'usucapion ou l'occupation d'une *res nullius*.

L'acquisition est dérivative lorsque le droit acquis dérive du droit d'un autre, c'est-à-dire lorsqu'il existait déjà au profit d'un titulaire antérieur de qui il a été transféré au nouveau sujet.

Le droit originaire se suffit à lui-même et tire sa force des seuls faits qui l'ont engendré.

Le droit dérivé tire sa force de l'existence du droit dont il dérive ; il n'appartient à l'acquéreur qu'en tant qu'il appartenait à son auteur, c'est-à-dire à la personne de qui l'acquéreur le tient. En effet, *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.*

L'acquisition dérivative constitue une *succession* lorsque l'acquéreur obtient un droit identique à celui de son auteur.

Lorsque le droit acquis est non pas identique à celui de l'auteur mais moindre, on dit qu'il y a *constitution* d'un droit et non succession à un droit.

La succession est *à titre singulier* (*in singulam rem*) si elle ne porte que sur un certain droit pris comme unité indépendante ; elle est *à titre universel* (*in universum ius*) si elle porte sur l'ensemble des droits de l'auteur, ces droits étant pris comme un tout indivisible. Elle porte donc aussi bien sur le passif que sur l'actif de l'auteur, quelle que soit leur proportion.

Digitized by Google

TITRE II

Les principaux faits juridiques.

CHAPITRE PREMIER

Les actes juridiques.

§ 43. — Introduction : Les différentes espèces.

Les actes juridiques se divisent :

1° en actes *pour cause de mort* ou actes *entre vifs* suivant qu'ils ont ou n'ont pas pour but normal de produire des effets juridiques seulement après la mort de leurs auteurs.

2° en actes *unilatéraux* ou *bilatéraux* suivant qu'ils sont le fait d'une seule ou d'au moins deux personnes. L'accord de plusieurs personnes pour l'établissement d'un acte bilatéral s'appelle convention. La convention est appelée contrat ou convention obligatoire lorsqu'elle engendre une obligation ; elle est appelée convention constitutive lorsqu'elle établit un droit absolu, par opposition au droit relatif d'obligation.

3° en actes *à titre lucratif* ou actes *à titre onéreux*, suivant que l'acquisition qui en résulte est obtenue par son bénéficiaire sans équivalent ou contre un équivalent.

Digitized by Google

4° en actes *formels* ou *difformes* suivant que leur perfection est ou n'est pas subordonnée, sous peine d'inexistence, à l'observation de certaines formes solennelles.

Remarque. Les actes à cause de mort sont tous unilatéraux, sauf la donation pour cause de mort. Les actes entre vifs sont généralement bilatéraux, sauf l'occupation et la déréliction. Quant aux actes formels, ce sont ceux de l'ancien *ius civile : mancipatio, in iure cessio*, stipulation, etc., tandis que ceux du *ius gentium* sont difformes. Enfin, la distinction entre les actes à titre onéreux a surtout de l'importance par suite des restrictions apportées aux donations par la loi *Cincia*.

Section I

Eléments des actes juridiques.

§ 44. — **Volonté et objet.**

Les actes juridiques sont le moyen par lequel les particuliers réalisent leur volonté d'établir un certain rapport de droit. Ils se composent donc de deux éléments essentiels, 1° la volonté de celui ou de ceux qui agissent ; 2° l'objet de cette volonté, qui est précisément le rapport juridique voulu et qui peut consister dans l'établissement, la modification ou l'extinction d'un droit.

Pour que la volonté soit efficace, il faut naturellement que l'agent soit capable d'agir et aussi capable d'avoir des droits, et que le rapport voulu par lui soit admis par le droit. Il faut aussi qu'elle soit manifestée.

Digitized by Google

Section II

La volonté, sa manifestation et ses vices.

A. Manifestation de la volonté.

§ 45. — Consentement exprès et consentement tacite.

Dans les actes formels, la volonté se manifeste toujours expressément puisqu'elle doit être déclarée, sous certaines formes déterminées qui en établissent l'expression directe. Mais dans les actes difformes, aucune forme déterminée n'étant exigée, la volonté de l'agent peut valablement s'exprimer non seulement par une déclaration expresse mais aussi par une manifestation tacite, c'est-à-dire non explicite et indirecte. Il y a manifestation tacite de la volonté lorsque certaines actions ou omissions qui n'ont pas pour but d'exprimer directement cette volonté, l'impliquent cependant et prouvent ainsi indirectement son existence. C'est ce qu'on appelle des faits concluants.

La conclusion qu'on en tire relativement à la volonté de leur auteur est absolue et irréfutable si elle repose sur une nécessité logique. Ainsi, accepter les intérêts à venir d'un capital échu, c'est nécessairement renoncer à réclamer le capital pendant le temps pour lequel on en a reçu les intérêts. Mais la conclusion est simplement relative et admet la preuve du contraire lorsqu'elle n'est pas basée sur une certitude absolue, mais seulement sur une forte présomption, c'est-à-dire sur des probabilités tirées de l'expérience. Ainsi, lorsqu'un créancier rend à son débiteur la reconnaissance écrite de la dette, on en conclut qu'il lui fait remise de la dette, parce que normalement le créancier ne

Digitized by Google

rend pas l'acte de reconnaissance s'il veut faire valoir ses droits. Mais cette conclusion peut être attaquée par la preuve du contraire, parce qu'il peut arriver qu'un créancier rende le titre pour une toute autre raison, par exemple, pour le faire renouveler. En outre, la conclusion relative peut, à l'inverse d'une conclusion absolue, être écartée à l'avance au moyen d'une *protestation* ou *réserve*, c'est-à-dire de la déclaration expresse d'une intention différente de celle que l'on pourrait supposer. Exemple : le créancier permet au débiteur de vendre le gage qu'il en a reçu, mais se réserve expressément son droit de gage. On ne pourra pas dans ce cas tirer du consentement à la vente du gage la conclusion que le créancier a renoncé tacitement à son droit de gage.

Remarque. Le simple silence vaut sans autre comme consentement toutes les fois qu'il n'admet pas d'autre explication qui soit raisonnable ou loyale, c'est-à-dire toutes les fois que le bon sens et la loyauté exigeaient une protestation de celui qui ne voulait pas consentir. Ainsi, le propriétaire qui tolère dans sa maison le locataire après l'expiration du bail, donne par là son consentement à un nouveau bail. C'est ce qu'on appelle la tacite reconduction. De même le silence du défendeur devant le magistrat équivaut à un aveu (*confessio in iure*).

Par contre, mon silence ne vaut pas consentement, lorsque je ne suis pas obligé de protester que je ne consens pas. Il en est ainsi lorsque cette protestation m'infligerait une dépense. C'est pourquoi le fait de ne pas renvoyer une marchandise que je n'ai pas commandée, ne m'engage à rien, car je ne suis pas obligé de la renvoyer à mes frais. La loyauté m'oblige seulement à la garder et à la tenir à la disposition de l'expéditeur, à moins que mes relations d'affaires avec lui n'aient établi un usage différent.

Digitized by Google

§ 46. — Désaccord entre la déclaration et la volonté.

Les actes juridiques reposent sur la volonté des parties. Ils sont la réalisation de cette volonté et n'existent pas sans elle. Par conséquent, une déclaration qui ne correspond pas à la volonté n'a aucun effet. Elle est considérée comme nulle et non avenue. Tel est au moins le principe du droit classique, lequel recherche avant tout l'intention des parties, *id quod actum est*. L'ancien *ius civile* par contre, s'en tenait strictement à la déclaration, *id quod dictum est*, sans même se poser la question de savoir si elle rendait fidèlement la volonté (§ 19). D'ailleurs, même en droit classique, la règle que la déclaration erronée est sans effet. souffre de nombreuses exceptions. En effet, si elle peut être appliquée sans inconvénient aux actes unilatéraux, son application absolue aux actes bilatéraux aboutirait à la conséquence de tromper la légitime attente du co-contractant qui ignorait notre erreur. Cet inconvénient disparaît seulement lorsque le co-contractant connaissait ou aurait dû connaître l'absence de notre volonté. Ce cas se présente dans les actes simulés et dans les déclarations faites par simple plaisanterie. Dans la simulation, le désaccord entre la déclaration et la volonté est conscient et voulu. Les parties simulent un acte qu'elles ne veulent pas. En conséquence cet acte n'existe pas ou n'existe qu'en apparence. Cependant, l'inexistence de l'acte simulé ne pourra pas être opposée à des tiers qui ignoraient la simulation. En outre, si l'acte simulé renferme en réalité un acte sérieux qu'il avait pour but de déguiser, cet acte vrai, appelé l'acte dissimulé, sera valable s'il remplit les conditions requises pour son existence.

Quant aux déclarations faites par simple plaisanterie, elles sont de nul effet lorsque la plaisanterie était assez

Digitized by Google

apparente pour que l'autre partie ait dû s'en rendre compte.

Qu'en est-il maintenant des cas où le co-contractant ignorait notre absence de volonté et n'était pas tenu de la connaître ?

Ici notre erreur n'entraîne la nullité de l'acte que si elle est essentielle et excusable.

§ 47. — L'erreur essentielle et excusable.

1° *Erreur essentielle.* Est essentielle l'erreur qui porte sur l'un des éléments nécessaires à la formation de l'acte. Ainsi, aucun contrat ne se forme lorsque, malgré un accord apparent, il y a malentendu complet entre les parties, soit qu'il y ait confusion sur la nature du contrat (*error in negotio*), l'une entendant un louage tandis que l'autre voulait une vente, soit qu'il y ait confusion sur l'identité de l'objet du contrat, chaque partie ayant en vue un objet différent (*error in corpore*). Dans les deux hypothèses il ne saurait y avoir contrat, puisque la base de tout contrat, l'accord, le consentement des parties, fait défaut. — Les Romains considèrent en outre le contrat comme ne se formant pas lorsqu'il y a erreur sur l'identité de la personne avec qui l'on traite (*error in persona*) : ainsi, lorsqu'on reçoit un prêt d'une personne croyant le recevoir d'une autre, il ne se forme aucun contrat de prêt.

L'ancien droit romain n'envisageait l'erreur comme essentielle que dans les trois cas d'*error in negotio*, *in corpore* ou *in persona*. La jurisprudence classique y ajouta un quatrième cas, celui de l'*error in substantia*, c'est-à-dire de l'erreur sur la matière de l'objet d'un contrat. Il y a par exemple erreur sur la substance lorsqu'on achète du cuivre pour de l'or, du plomb pour de l'argent, du vi-

Digitized by Google

naigre pour du vin, une table recouverte d'argent pour une table d'argent massif. Mais il n'y a pas *error in substantia* lorsqu'on achète du bois ordinaire pour du bois précieux, des objets usés pour des objets neufs, du vin tourné pour du vin frais, car dans ces cas la matière de la chose est bien de la nature voulue, quoique de qualité différente. Les romanistes modernes ont élargi cette théorie et ont reconnu comme essentielle l'erreur sur une qualité quelconque de l'objet, pourvu que cette qualité ait une importance commerciale suffisante pour faire classer la chose dans une catégorie différente. Dans ce cas en effet on peut admettre que l'erreur sur la qualité a seule déterminé la partie à contracter ; si elle avait été bien renseignée, elle ne l'aurait pas fait.

L'*error in substantia* se distingue de l'*error in corpore* en ce qu'il porte, non sur l'identité de l'objet, mais seulement sur sa nature. L'individualité de l'objet n'est pas contestée, les deux parties avaient bien en vue la même chose et étaient d'accord pour en faire l'objet de leur contrat. L'erreur de l'une d'elles sur la substance de la chose, n'a donc pas empêché leurs volontés respectives de se rencontrer sur le même point. Il n'y a pas absence de volonté et de consentement des parties. La volonté du contractant qui s'est trompé ne correspond pas, il est vrai, à ses véritables intentions, puisqu'elle est viciée par l'erreur qui a faussé son idée de la réalité. Elle n'en existe pas moins et l'on pourrait en conclure qu'un contrat s'est réellement formé. Ce contrat bien entendu serait annulable après coup, mais il n'en existerait pas moins aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé. Cependant les textes romains considèrent le contrat comme ne s'étant pas formé du tout, comme nul et inexistant dès le principe.

2° *Erreur excusable.* — Pour que l'erreur essentielle

Digitized by Google

puisse être utilement invoquée contre l'existence d'un contrat conclu sous son empire, il faut encore qu'elle soit excusable. La nullité du contrat en effet porte atteinte aux intérêts de la partie qui, ignorant l'erreur de son co-contractant, était en droit de compter sur le contrat. Il est bien naturel que ces intérêts ne soient sacrifiés à ceux du co-contractant que lorsque l'erreur de celui-ci ne peut pas lui être reprochée comme une faute, que lorsqu'elle est excusable. Par contre, si l'erreur constitue une faute, si elle est inexcusable, alors celui qui s'est trompé n'est plus digne d'intérêt et, malgré son erreur, fût-elle même essentielle, le contrat sera maintenu au profit de l'autre partie.

Ce maintien d'un contrat, malgré une erreur essentielle, mais inexcusable, de laquelle il résulte qu'il n'a pas été voulu, se justifie par les mêmes raisons que le maintien du contrat au cas de réserve mentale de l'une des parties, c'est-à-dire au cas où l'une des parties déclare sciemment, mais à l'insu de l'autre, ce qu'elle ne veut pas. Le contrat est maintenu malgré la réserve mentale, parce qu'il y a faute de la part de celui qui fait sciemment une déclaration non conforme à sa volonté. Or cette même raison, la faute, se retrouve aussi au cas d'erreur inexcusable.

Quand l'erreur est-elle excusable ? Les Romains distinguent ici entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

Pour eux l'erreur de droit est inexcusable, car nul n'est censé ignorer le droit. En effet, chacun pouvait facilement se renseigner sur le droit, l'exercice de la jurisprudence étant gratuit à Rome. Aussi les Romains n'excusent-ils l'erreur de droit qu'à celui qui s'est trouvé dans l'impossibilité de consulter un juriste ou qui rentre dans l'une des catégories des personnes auxquelles il est permis d'ignorer le droit : mineurs, femmes, soldats, paysans et simples d'esprit.

Quant à l'erreur de fait, elle est excusable toutes les fois qu'elle ne constitue pas une faute grossière. Il y a

Digitized by Google

faute grossière quand l'erreur consiste à ne pas voir et à ne pas comprendre ce que tout le monde voit et comprend.

B. Vices de la volonté.

§ 48. — Le dol et la contrainte.

Il s'agit ici de cas où la volonté existe et où par conséquent l'acte voulu se forme, mais où cependant il peut être annulé après coup. Ce sont les cas où la volonté ne peut pas être considérée comme conforme aux véritables intentions de l'agent par suite de circonstances qui l'ont viciée, soit en trompant la conscience, c'est-à-dire la représentation subjective de la réalité, soit en excluant la liberté d'action. Ces circonstances sont le dol et la contrainte. Elles ont ceci de commun qu'elles constituent un défaut dans les motifs de l'acte et non dans ses éléments eux-mêmes. Or les motifs psychologiques qui ont déterminé quelqu'un à conclure un acte juridique sont en règle générale indifférents pour la validité de cet acte ; une erreur dans les motifs ne rend pas un acte annulable (*falsa causa non nocet*). L'annulation des actes pour cause de dol ou de contrainte constitue donc une exception à la règle, exception qui était inconnue de l'ancien *ius civile*.

1° *Dol*. Il s'agit ici du dol qui a déterminé quelqu'un à conclure un acte et qui consiste à provoquer intentionnellement chez lui une erreur. Si cette erreur est essentielle, l'acte est nul et non avenu en vertu des règles sur l'erreur. Mais lorsque l'erreur n'est pas essentielle et qu'en conséquence l'acte juridique a pris naissance et existe *iure civili*, la victime du dol reçoit contre l'auteur du dol, et seulement contre cet auteur, deux moyens introduits par le préteur à la fin de la République :

Digitized by Google

a) l'*exceptio doli* opposable à toute action du coupable, fondée sur l'acte entaché de dol. Cette exception, nécessaire dans les actions de droit strict, est sous-entendue dans les actions de bonne foi.

b) l'*actio doli* en dommages-intérêts. C'était une action infamante et par suite subsidiaire, c'est-à-dire accordée par le préteur seulement à défaut de tout autre moyen. Ainsi, elle n'est pas accordée en matière de contrats de bonne foi, parce qu'ici la partie trompée peut se faire dédommager du dol de l'autre partie en intentant contre elle l'action du contrat.

2° *Contrainte* (*metus*). Il faut distinguer ici entre la contrainte physique et la contrainte morale.

La contrainte physique, *vis absoluta*, consiste à forcer par la violence quelqu'un à faire un acte qu'il ne veut pas. Elle est donc exclusive de la volonté et rend absolument nul l'acte imposé. La contrainte morale par contre, *vis compulsiva*, n'empêche pas l'acte de se former, car elle n'exclut pas la volonté ; son effet est seulement de la vicier. Il y a contrainte morale lorsque quelqu'un a été amené à conclure un acte à lui dommageable sous l'empire d'une crainte fondée que lui a inspirée l'autre partie ou un tiers en le menaçant sans droit d'un dommage sérieux.

Le préteur accorde dès la fin de la République à la victime d'une contrainte morale trois moyens, qui sont recevables non seulement contre le coupable, mais aussi contrairement à ce qui a lieu pour le dol, contre quiconque a profité de l'acte entaché de contrainte.

a) l'*exceptio metus*, sous entendue dans les actions de bonne foi, opposable à toute action basée sur l'acte entaché de contrainte.

b) l'*action arbitraire quod metus causa* au quadruple, inutile en matière de contrats de bonne foi.

c) subsidiairement l'*in integrum restitutio*.

Digitized by Google

Section III

L'objet et ses modalités.

A. L'objet en général.

§ 49. — Les éléments: Essentialia, naturalia, accidentalia.

L'objet d'un acte juridique est l'établissement d'un rapport de droit. Il se compose donc essentiellement des éléments constitutifs de ce rapport de droit. Ces éléments sont appelées les *essentiala* de l'acte juridique, parce que sans eux l'acte voulu ne se forme pas. Quant aux *naturalia negotii* ce sont les conséquences qui découlent de la nature du rapport de droit établi, et qui pour cette raison ont lieu de plein droit sans avoir besoin d'être prévues expressément dans l'acte. Mais les *naturalia* ne sont pas indispensables à l'existence de l'acte. Ils peuvent être modifiés par les parties. Ces modifications ou modalités s'appellent les *accidentalia negotii*, tels la condition et le terme.

B. La condition.

§ 50. — Notion et espèces.

La condition est la modalité d'un acte juridique qui en subordonne l'effet à un événement futur et incertain.

Le caractère propre et essentiel de la condition est l'incertitude objective de l'évènement choisi comme condition. C'est pourquoi ne sont pas de vraies conditions :

1° La *condicio in praesens vel in praeteritum collata.* Le présent et le passé sont objectivement certains, fussent-

Digitized by Google

ils même inconnus des parties. L'acte juridique conclu sous une condition présente ou passée ne peut pas être conditionnel : il est pur et simple ou nul dès le principe, suivant que l'évènement a eu lieu ou n'a pas eu lieu.

2° La *condition nécessaire*, c'est-à-dire dont l'évènement est certain. Un acte conclu sous une condition nécessaire est un acte pur et simple, à moins que la condition nécessaire ne doive, dans l'intention des parties, fixer un terme.

3° La *condition impossible*, c'est-à-dire dont il est certain qu'elle ne se réalisera pas. L'acte conclu sous une condition impossible est nul, à moins que ce ne soit un testament. Dans ce cas en effet, c'est la condition impossible qui est considérée comme non écrite, tandis que le testament est maintenu.

Les Romains considèrent comme impossibles non seulement les conditions qui le sont matériellement, mais aussi celles qui le sont juridiquement ou moralement, c'est-à-dire les conditions illicites ou immorales.

Pour qu'il y ait une vraie condition, il faut encore, outre l'incertitude objective, que l'effet de l'acte ait été subordonné à l'événement incertain par la volonté des parties. Si c'est la loi qui établit cette subordination, *condicio iuris* ou *tacita*, les parties, en prévoyant expressément cette condition juridique, ne modifient en rien la portée de l'acte. Leur clause n'établit pas une modalité nouvelle ; ce n'est pas une vraie condition. Tel est le cas lorsque j'institue quelqu'un héritier à condition qu'il me survive.

Les vraies conditions se distinguent :

1° en *conditions potestatives, casuelles ou mixtes* suivant que l'événement en question dépend de la volonté de l'une des parties ou du hasard ou des deux à la fois. La condition potestative rend un contrat nul lorsqu'elle en subordonne l'effet à la pure fantaisie du débiteur. La vente à l'essai est la seule exception à cette règle.

Digitized by Google

2° en *conditions affirmatives* ou *négatives* suivant qu'elles font dépendre l'effet de l'acte de la réalisation ou de la non-réalisation d'un événement déterminé.

3° en *conditions suspensives* ou *résolutoires* suivant qu'elles subordonnent à un événement déterminé l'entrée en vigueur de l'acte conditionnel ou au contraire l'extinction de ses effets.

Cette distinction, due aux interprètes modernes, est très superficielle. Au fond, toute condition est suspensive, elle ne peut que suspendre les effets d'un acte, puisque son rôle consiste précisément à subordonner ces effets à un évènement futur et incertain. La condition soi-disant résolutoire n'a pas d'autre fonction. Seulement elle présente cette particularité que l'acte dont les effets lui sont subordonnés est une clause résolutoire relative à un autre acte pur et simple. Dès lors, lorsque la condition se réalise, l'acte pur et simple est résolu. Mais c'est là un effet de la clause résolutoire et non de la condition. La réalisation de la condition n'a ici d'autre effet que de mettre la clause résolutoire en vigueur. Il serait donc plus exact de parler d'une clause résolutoire conditionnelle et non d'une condition résolutoire. C'est ce que font les juristes romains qui disent en particulier qu'il y a une « *emptio pura, quae sub condicione resolvitur* » en parlant de la vente avec *in diem addictio* résolutoire, c'est-à-dire avec la clause que le vendeur pourra résilier la vente si on lui fait dans un certain délai des offres meilleures.

Remarque : certains actes juridiques n'admettent pas de condition, sous peine de nullité. Ainsi les principaux actes du droit de famille : adoption, émancipation. De même le transfert de la propriété par mancipation et *in iure cessio.*

Digitized by Google

§ 51. — Effets de la condition.

1° *Pendente condicione.* Tant qu'on ne sait pas si la condition se réalisera ou fera défaut, les effets de l'acte conditionnel sont en suspens. Le droit conditionné n'existe pas encore. En conséquence, le paiement fait par erreur d'une dette conditionnelle peut être répété comme indû. Mais d'autre part, le droit en question peut venir à exister si la condition se réalise et cette éventualité, *spes*, est sanctionnée juridiquement de la façon suivante :

a) le débiteur conditionnel ne peut pas empêcher volontairement la condition de se réaliser. S'il le fait, elle est néanmoins réputée accomplie, à moins que ce ne soit une condition potestative dépendant de lui.

b) le droit conditionnel, bien qu'éventuel, constitue déjà une valeur dans le patrimoine du titulaire possible. Il peut être cédé par lui et se transmet à ses héritiers, sauf cependant si c'est un legs conditionnel. Un tel legs ne passe aux héritiers du légataire et ne peut être cédé par lui, que si la condition s'est réalisée de son vivant. Enfin, une créance conditionnelle peut être garantie ; elle peut même être annoncée dans la faillite du débiteur.

2° *Deficiente condicione.* Lorsque la condition fait défaut, l'acte conditionnel est comme non avenu. Une condition affirmative fait défaut lorsque l'évènement voulu est devenu impossible ; une condition négative fait défaut lorsque l'événement qui ne devait pas arriver a eu lieu.

3° *Existente condicione.* — La condition affirmative se réalise, *existit*, lorsque l'événement voulu a lieu. Elle est censée réalisée lorsque cet événement est empêché intentionnellement par le débiteur.

La condition négative se réalise lorsque l'événement qui ne devait pas arriver est devenu impossible. Pour une con-

Digitized by Google

dition potestative, ce ne sera généralement le cas qu'à la mort de l'intéressé. Les effets de l'acte devraient donc être suspendus jusque là et seuls les héritiers du titulaire conditionnel pourraient en bénéficier. Ce résultat parut, en matière de legs, et d'institution d'héritier, contraire aux intentions probables du testateur. Aussi fut-il permis au légataire et à l'héritier de réclamer le legs ou l'héritage dès l'ouverture de la succession du testateur, pourvu toutefois qu'ils s'engagent avec des cautions à restituer le legs ou l'héritage, s'ils enfreignaient la condition négative à eux imposée par le testateur (*Cautio Muciana*).

L'effet de la condition réalisée est de faire entrer en vigueur l'acte conditionnel, qui devient pur et simple. Le droit éventuel qui formait l'objet conditionnel de l'acte et qui n'existait pas encore, entre maintenant en vie. Bien plus, il s'établit avec force rétroactive, c'est-à-dire est réputé avoir existé dès la conclusion de l'acte conditionnel, comme si cet acte avait été pur et simple dès le principe. Il en résulte qu'il ne peut souffrir en rien des droits susceptibles d'entrer en conflit avec lui établis *pendente condicione*. Ainsi, une hypothèque conditionnelle entrée en vigueur est préférée à toutes les hypothèques constituées *pendente condicione*, bien que ces dernières aient été établies avant la réalisation de la condition.

Cette rétroactivité des conditions souffre cependant certaines exceptions. La plus importante est celle de la vente conditionnelle dont l'objet a péri *pendente condicione*. Faute d'objet, cette vente est déclarée nulle, même si la condition vient à se réaliser. Et pourtant l'objet existait au moment de la conclusion du contrat. En vertu de la rétroactivité cette vente conditionnelle devrait être valable.

Digitized by Google

C. Le terme.

§ 52. — **Notion et espèces.**

Le terme (*dies*) est la modalité d'un acte juridique qui en diffère l'effet jusqu'à l'arrivée d'un événement futur et certain.

L'événement doit être futur, sans cela l'acte serait pur et simple. Il doit être aussi certain, sans cela l'acte serait conditionnel. Par conséquent, le *dies incertus an*, est une condition et non un terme. Exemple : la promesse à de jeunes mariés de leur donner une certaine somme à la naissance de leur premier enfant. C'est une promesse conditionnelle, puisqu'elle est subordonnée à l'événement incertain de la naissance d'un enfant.

Le terme se distingue :

1° En terme *fixe* (*certus quando*) s'il établit une date déterminée, et en terme *variable* (*incertus quando*) si l'événement, bien que de réalisation certaine, peut arriver plus ou moins tôt, par exemple la mort d'une personne.

2° en terme *exprès*, s'il a été exprimé directement, et en terme *tacite*, s'il résulte indirectement des circonstances, par exemple dans un contrat, quand l'accomplissement de la prestation exige un certain délai (construction à faire, livraison à un autre endroit, etc.).

3° en terme *suspensif* (*dies a quo*) ou *résolutoire* (*dies ad quem*) suivant qu'il fixe le commencement des effets d'un acte ou leur fin. Mais, comme en matière de conditions, le terme soi-disant résolutoire n'est au fond que le terme suspensif d'une clause résolutoire ajoutée à un acte pur et simple.

Remarque. Les actes qui n'admettent pas de condition, n'admettent pas non plus de terme.

Digitized by Google

§ 53. — **Effets.**

Le terme diffère de la condition, en ce que, devant arriver certainement, il ne rend pas incertain le rapport de droit qu'il affecte. Il ne fait qu'en différer l'effet.

S'ensuit-il que le droit concédé à terme existe dès avant l'arrivée du terme ? C'est une question très controversée et pour laquelle il convient de distinguer entre l'acquisition d'un droit de propriété et celle d'un droit d'obligation. En matière de propriété, le terme retarde la naissance même du droit ; la propriété accordée à partir d'une certaine date n'existe évidemment pas avant cette date. Par contre, l'obligation à terme existe déjà, parce que, l'échéance devant en arriver sûrement, le débiteur est certainement lié dès qu'il a contracté. Seulement, lorsque le terme est ajouté dans l'intérêt du débiteur, le créancier ne pourra exiger la prestation qu'à l'échéance. Et lorsque le terme est ajouté dans l'intérêt du créancier, le débiteur ne pourra pas payer arbitrairement sa dette avant l'échéance. Ce qui est donc retardé, c'est, non pas l'existence de l'obligation, mais seulement son exigibilité de la part du créancier ou, suivant les cas, son aptitude à être exécutée arbitrairement par le débiteur. C'est le premier cas qui constitue la règle, car, dans le doute, c'est-à-dire sauf disposition contraire, le terme est censé fixé dans l'intérêt du seul débiteur.

Dès lors :

1° l'obligation existant déjà, le débiteur peut renoncer au terme et payer avant l'échéance. S'il paie par erreur avant l'échéance, il ne peut pas répéter son paiement comme indû, contrairement à ce qui a lieu pour la dette conditionnelle, inexistante avant la réalisation de la condition. D'autre part, le créancier à terme a le droit de figurer au passif du débiteur en faillite.

Digitized by Google

2° l'obligation étant encore inexigible, le créancier ne peut forcer le débiteur à payer ni directement par voie d'action ni indirectement par voie de compensation. S'il intente son action avant l'échéance, il perd son procès et partant sa créance pour *plus petitio tempore.*

Section IV

Représentation dans la conclusion des actes juridiques.

§ 54. — **Notions générales.**

Les modernes distinguent entre la représentation directe et la représentation indirecte.

Il y a représentation directe là où le représentant agit au nom du représenté sur mandat de ce dernier, et où l'acte conclu par le mandataire déploie directement tous ses effets envers le mandant, comme si celui-ci avait agi lui-même. Dans cette représentation c'est donc le représenté qui est partie au contrat, le représentant n'est qu'un instrument.

Dans la représentation indirecte par contre, bien qu'agissant pour le compte d'autrui, le représentant traite en son propre nom et est seul atteint par les effets de l'acte. Le représenté n'est pas partie au contrat ; il n'est touché qu'indirectement, par le règlement de compte avec son représentant.

Seule la représentation directe est une vraie représentation.

Remarque. Il ne faut pas prendre pour un représentant le simple messager, *nuntius.* Le représentant est un instrument actif. Il agit pour autrui, mais c'est lui qui traite,

Digitized by Google

c'est lui qui donne naissance à l'acte juridique par une décision de sa volonté, bien que cette volonté ne tienne lieu de celle du représenté et n'ait le pouvoir de remplacer cette dernière que dans les limites du mandat reçu. Le messager par contre ne fait que transmettre la volonté même de son maître, il est un simple instrument passif de communication sans aucune liberté d'action.

§ 55. — Représentation en droit romain.

La représentation directe, largement admise en droit moderne, était en principe exclue du droit romain, où seule la représentation indirecte était sanctionnée par des dispositions sur le règlement de compte entre représentant et représenté.

Cette exclusion de la représentation directe s'explique par le caractère individualiste du droit romain. D'après les idées romaines, l'individu doit disposer lui-même de ses droits et ceux-ci ne peuvent pas être atteints par les actes d'autrui : *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest.*

Quant au maintien de cette exclusion, malgré les entraves qu'elle peut apporter à un commerce développé, il s'explique à Rome par les règles sur les esclaves et les fils de famille, règles qui permettaient de les employer comme représentants.

En effet :

1° Tout ce qu'un esclave ou un fils de famille acquérait, était acquis de plein droit au père de famille. Mais cette règle ne concerne que les droits actifs : acquisition d'un droit réel ou d'une créance.

2° Quant aux dettes contractées par un esclave ou un fils de famille, le préteur établit la règle que sous certaines conditions le père de famille en répondrait aussi comme

Digitized by Google

débiteur adjoint. C'est le système prétorien des *actions adjectices*, qui s'applique aussi en partie aux mandataires libres préposés à un vaisseau ou à un négoce.

Grâce à ces deux règles, qui permettaient d'en obtenir le résultat, le droit romain put se passer de la représentation directe. Leur fonctionnement n'était cependant pas toujours une vraie représentation, car les actes du soumis rendaient le père acquéreur et parfois même débiteur, ainsi dans l'*actio de peculio et de in rem verso*, sans que ni l'un ni l'autre ait voulu ce résultat, c'est-à-dire sans que le soumis ait agi au nom du père et sans que ce dernier lui ait donné aucun mandat, par conséquent sans qu'il y ait eu représentation.

En somme, la représentation n'était exclue entièrement que pour l'acquisition des droits par l'intermédiaire d'une personne étrangère à la *familia* du représenté. D'où la règle romaine restreinte à ces personnes : *per extraneam personam nobis adquiri non posse.*

Cependant, la jurisprudence de l'Empire fit admettre à cette règle deux exceptions en faveur de la représentation directe par des hommes libres étrangers à la puissance du représenté :

1° Dès le IIIe siècle de notre ère le préteur transféra directement sur le pupille ou le mineur les effets actifs et passifs des actes conclus par le tuteur ou le curateur pour le compte de l'incapable.

2° La jurisprudence classique admit en outre dès le IIe siècle, que la possession, et par elle la propriété, pouvait être acquise directement par l'intermédiaire d'un représentant libre.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Les actions illicites.

§ 56. — Faute et délit.

Les actions humaines comme faits juridiques se divisent en licites et illicites. Les premières sont les actes juridiques, les secondes constituent un délit ou une faute suivant qu'elles sont illicites en elles-mêmes ou seulement en tant que violation d'une obligation préexistante du coupable. Le délit et la faute ont pour effet d'imposer certaines obligations à leur auteur ; nous les étudierons dans le droit des obligations.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Le temps.

§ 57. — Importance et calcul du temps.

Le temps est un fait juridique très important, l'écoulement d'un certain délai étant souvent la condition de l'acquisition ou de la perte d'un droit, (usucapion, prescription, etc.).

Les délais se calculent en années, mois et jours.

L'année primitive était de 12 mois et 355 jours avec intercalation bisannuelle d'un mois de 22 ou 23 jours alternativement (*mensis intercalaris*).

Le calendrier julien de César établit l'année de 365 jours avec dédoublement du 21 février tous les 4 ans. Le 24 février double (*bissextum — dies VI. Kalendas Martias*) ne compte que pour un jour.

Le jour comme unité de temps, n'est pas un espace quelconque de 24 heures, mais le cours des 24 heures de minuit à minuit. Un délai par jours ne part pas du moment où l'événement initial a eu lieu (*computatio naturalis*), mais du minuit précédent (*computatio civilis*). Primitivement le *dies* était, par opposition à la *nox*, le temps clair du lever au coucher du soleil. Il était divisé, de même que la nuit, en 12 heures. Minuit tombait donc à 6 heures de la nuit et le nouveau jour unité commençait à 6 heures de

Digitized by Google

la nuit. Mais l'adoption de cette unité n'empêcha pas la date de continuer à se prendre avec le *dies* au lever du soleil. De cette façon, la seconde moitié de la nuit, c'est-à-dire les 6 dernières heures de la nuit, bien que rentrant dans le même jour-unité que le *dies*-clarté qui les suivait étaient datées du quantième précédent : *hora septima noctis pridie kalendas Januarias*, bien que *pridie kalendas*, ne correspond pas pour nous à 1 heure de la nuit au 31 décembre, mais à 1 h. de la nuit au 1er janvier. Il en résulte cette singularité que les délais paraissent finir un jour trop tôt, puisque un délai dont l'événement initial a eu lieu *kalendis ianuariis*, finit *pridie kalendas ianu - rias* après 6 heures de la nuit. Mais ce n'est qu'une apparence, puisque la deuxième moitié de la nuit *pridie kalendas* rentre dans la même unité que le *dies*-clarté *kalendis*. Il est à remarquer d'ailleurs que cette singularité disparaît lorsque le délai expire exceptionnellement non avec la fin du dernier jour, mais avec celle du jour suivant, ce qui a lieu lorsqu'il entraîne la perte d'un droit.

Les délais fixés pour la perte d'un droit se distinguent en outre par les différentes façons dont peuvent être calculés leur commencement et leur cours. Ce calcul se faisait à Rome de deux manières différentes suivant les cas :

1° ou bien le délai part dès l'événement initial et court sans interruption, *tempus continuum*.

2° ou bien il ne part que du moment où l'intéressé a eu connaissance de l'événement qui le concerne, et ne court que pendant les jours où l'intéressé pouvait agir en conséquence, *tempus utile*.

Cette manière de compter était employée pour les délais dans lesquels l'héritier pouvait procéder à l'ancienne forme d'adition d'hérédité, à la *cretio*, et pour ceux dans lesquels il pouvait demander au préteur la *bonorum possessio*. Pour les délais de prescription des actions introduites par

Digitized by Google

lui, le préteur adopta un système intermédiaire, où le commencement du délai est fixé *utiliter*, mais où son cours est calculé *continuatim ;* c'est un *tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus.*

Digitized by Google

LIVRE IV

—

Procédure civile.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE PREMIER

Généralités.

CHAPITRE PREMIER

Histoire.

§ 58. — Introduction.

La procédure civile est l'ensemble des règles destinées à munir tout droit civil de la sanction coercitive sans laquelle il ne serait pas un droit.

A l'origine cette sanction n'était autre que le recours à la force du lésé. Mais ce système primitif de la vengeance privée pouvant facilement conduire à des excès et à des abus, la société intervient, d'abord indirectement en réglementant le recours à la force, en décidant dans quels cas il serait licite et dans quelles formes, dans quelle mesure il devait s'exercer, puis directement en offrant aux particuliers de leur rendre justice, enfin en leur défendant de se la faire eux-mêmes.

Sur ce dernier point cependant il faut nettement distinguer entre le maintien par la force d'un état de fait existant contre une attaque illicite, et l'établissement d'un état de fait nouveau conforme à son droit. Ce que la société

Digitized by Google

défend, c'est la seconde opération, nullement la première, qui constitue le droit de légitime défense : *Vim vi repellere licet*. Et encore, cette prohibition ne s'est introduite à Rome que par une série de mesures dont les premières datent du début de l'Empire et dont la plus célèbre émane de Marc Aurèle. D'après ce *decretum Marci* le créancier, qui au lieu de poursuivre son débiteur en justice lui enlève quelque chose pour se payer, perd sa créance. Les empereurs byzantins ont en outre infligé la perte de sa propriété à celui qui enlève de force sa propre chose au possesseur. Mais, jusqu'à la fin il est un cas où il est permis de recourir à la force, même pour réaliser son droit, c'est le cas d'urgence, c'est-à-dire lorsque la protection de la justice ne viendrait pas à temps. Ainsi un créancier peut saisir ce qui lui est dû sur son débiteur qui prend la fuite.

§ 59. — Les trois phases de la procédure civile à Rome.

L'histoire de la procédure civile à Rome a passé par trois phases bien distinctes :

1° celle des législactions, qui a duré jusque vers l'an 125 avant J.-C.

2° celle de la procédure formulaire, qui a duré jusque vers l'an 300 de notre ère,

3° celle de la procédure extraordinaire.

Les deux premiers systèmes diffèrent du troisième en ce qu'ils font trancher la question litigieuse non pas par le magistrat, comme c'est le cas dans le dernier système, mais bien par un simple citoyen, par un juge-juré.

Ils diffèrent entre eux en ce que dans le système des législactions toute action repose directement sur la loi, tandis que dans la procédure formulaire elle repose sur un ordre du magistrat au juge, sur une formule.

Digitized by Google

Ces trois phases de la procédure correspondent aux transformations politiques de Rome. Jusque vers 125 avant J.-C., Rome était une république légitime, c'est-à-dire basée sur le respect de la loi, et dans laquelle le peuple, les citoyens étaient vraiment souverains. A cette époque correspond la procédure des actions de la loi, dans laquelle tout se fait d'après la loi et par l'activité indépendante des citoyens, et dans laquelle l'influence du magistrat est minime. A partir de l'année 125 avant J.-C. la république romaine se transforme en une oligarchie, dans laquelle le pouvoir est aux mains de la classe sénatoriale, dans laquelle le pouvoir des magistrats devient de plus en plus absolu et qui s'achemine vers la monarchie absolue ; celle-ci est établie en fait par le principat d'Auguste. A cette période correspond la procédure formulaire, dans laquelle l'influence du magistrat est prépondérante.

Enfin, la procédure extraordinaire est celle de la monarchie absolue, reconnue aussi en théorie à partir de l'année 300. Cette procédure extraordinaire avait déjà pris naissance sous le principat, où elle finit même par supplanter complètement la procédure formulaire. Mais conformément à la fiction républicaine de ce régime, on la considéra jusqu'à la fin comme une procédure extraordinaire, *extraordinaria cognitio*. De là vient son nom, qui lui resta même lorsqu'elle fut devenue l'unique procédure.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Notions générales.

§ 60. — Ius et iudicium. Litiscontestation.

La procédure avec jury a pour trait caractéristique la division du procès en deux phases, *ius* et *iudicium*.

La procédure *in iure* est celle devant le magistrat, la procédure *in iudicio* est celle devant le juge-juré.

La procédure *in iure* n'a d'autre but que l'examen des conditions requises pour tout procès (légitimation des parties, recevabilité de l'action), que la fixation de l'objet du litige, c'est-à-dire l'expression des prétentions de droit que l'on fait valoir, et que la nomination d'un juge. Elle prenait fin par la litiscontestation, sur laquelle se basait le procès *in iudicio*, et qui consistait sous la procédure des actions de la loi dans une convocation de témoins devant lesquels les parties affirmaient en termes solennels leurs prétentions. De là lui vient son nom de *litis contestatio*. Sous la procédure formulaire par contre, la litiscontestation consiste dans la remise par le demandeur au défendeur de la formule accordée par le préteur, et dans son acceptation par le défendeur. On dit du demandeur qu'il *formulam* ou *iudicium edit* et du défendeur qu'il l'*accipit*. C'est par cette différence dans la litiscontestation que les deux procédures des actions de la loi et formulaire se distinguent principalement.

Digitized by Google

La procédure *in iudicio* par contre a pour but la solution du litige au fond. C'est là que seront administrées les preuves destinées à établir les faits sur lesquels les parties basent leurs prétentions de droit. Enfin c'est là qu'intervient la solution par le jugement, *sententia*, qui clôt la procédure et que le juge prononce d'après sa conscience (*ex animi sui sententia*) en se basant sur la litiscontestation. Ce jugement est inattaquable et définitif. Il n'est pas soumis, comme la décision d'un magistrat à l'intercession d'un magistrat égal ou supérieur.

Quel est le but de cette division du procès en deux phases et du renvoi de la décision à un juge-juré ? Cette division s'explique par la position du magistrat romain, qui était armé de l'*imperium*, c'est-à-dire d'un pouvoir essentiellement absolu et arbitraire. Il en résultait que pour les Romains la décision d'un magistrat était purement autoritaire, c'est-à-dire basée sur son *imperium* et non sur le droit. Or, les contestations civiles exigent des solutions conformes au droit. C'est pourquoi le magistrat est obligé d'en renvoyer la décision à un simple citoyen qui prête serment d'appliquer le droit. Cette obligation imposée au magistrat de renvoyer la décision à un citoyen, donne lieu à la notion technique de la *iurisdictio*. C'est précisément le pouvoir du magistrat restreint par cette obligation en matière de contestations civiles.

Remarque. La litiscontestation est importante non seulement parce qu'elle met fin à la compétence et aux fonctions du magistrat, mais aussi et surtout parce qu'elle fait naître un droit nouveau, le droit à un jugement, et qu'en faisant naître ce droit nouveau, elle éteint le droit antérieur. Il en résulte, que quel que soit le jugement obtenu, ce droit antérieur ne pourra plus être invoqué pour agir à nouveau contre le même adversaire. *Bis de eadem re ne sit actio.*

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE II

Les légisactions.

§ 61. — Le terme légisaction.

Le terme de légisaction a un double sens.

1° Il désigne premièrement les formules solennelles que les parties et le magistrat devaient prononcer *in iure* pour procéder à la litiscontestation. Ces formules s'appelaient légisactions parce qu'elles étaient exactement calquées sur les termes mêmes de la loi qui sanctionnait la prétention de droit en question. La moindre erreur dans les termes entraînait la perte du procès et par suite du droit.

A l'origine ce furent les pontifes qui rédigèrent les formules nécessaires. Ils en gardèrent même le monopole jusqu'à la publication qu'en fit *Cn. Flavius* vers 300 avant J.-C.

2° le terme légisaction désigne en second lieu les différents modes de procédure, c'est-à-dire les différentes formes de procéder à une légisaction dans le premier sens, formes dans lesquelles cette légisaction venait s'encadrer. Tandis qu'il y avait autant de légisactions dans le premier sens que de prétentions reconnues par une loi, il n'y avait que cinq légisactions dans le second sens, à savoir :

la *legis actio per sacramentum*,

Digitized by Google

la *legis actio per iudicis postulationem*,
la *legis actio per condictionem*,
la *legis actio per manus iniectionem*,
la *legis actio per pignoris capionem*.

§ 62. — **Legis actio per sacramentum.**

C'est la procédure la plus générale, c'est-à-dire celle qui était employée à défaut d'une autre procédure instituée par la loi.

Le point saillant en est le *sacramentum*, c'est-à-dire à l'origine le serment, plus tard le pari que les parties faisaient sur le bien fondé de leurs prétentions, qu'elles affirmaient préalablement en termes solennels. L'enjeu du pari, qu'on appelait aussi *sacramentum*, était fixé par la loi des XII T. à 500 as ou 50 suivant que la valeur de l'objet litigieux était supérieure ou inférieure à 1000 as. La question soumise au juge était celle de savoir quel *sacramentum* était *iustum* et lequel était *iniustum*. Ainsi la décision du juge ne tranchait qu'implicitement la question du bien ou mal fondé des prétentions des parties. Le *sacramentum* déclaré *iniustum* était acquis à l'Etat, qui l'employait en sacrifices religieux.

La légisaction *per sacramentum* était employée indifféremment soit pour faire valoir une créance, comme *legis actio per sacramentum in personam*, soit pour faire valoir un droit réel, comme *legis actio per sacramentum in rem*.

Cette dernière legisaction s'engageait par un simulacre de combat relatif à la chose. Le demandeur, tenant à la main un bâton, *festuca* ou *vindicta*, qui représente le javelot, *hasta*, signe de la propriété, affirme en termes solennels sa propriété et touche la chose avec le bâton. Le défendeur dit et fait les mêmes choses. Là-

Digitized by Google

dessus le préteur fait cesser le simulacre de combat, après quoi les parties se provoquent réciproquement au pari judiciaire. C'est alors que le préteur attribue la possession intérimaire de la chose à l'une des parties, moyennant la promesse garantie par des cautions de restituer la chose (*lis*) et ses fruits (*vindiciae*) à l'autre partie, au cas où elle-même perdrait le procès. Ces cautions s'appellent *praedes litis et vindiciarum*.

On le voit, cette procédure est double, c'est-à-dire que chacune des parties devait y affirmer et prouver son droit, que chacune d'elles pouvait y être condamnée et qu'en conséquence chacune d'elles y jouait à la fois le rôle de demandeur et de défendeur. Que si le défendeur ne répondait pas à la *vindicatio* du demandeur par une *contra vindicatio* ou en reconnaissait le bien fondé, alors le préteur transférait la possession au demandeur, dans le premier cas, et confirmait sa *vindicatio* dans le second.

§ 63. — Legis actiones per iudicis postulationem et per condictionem.

La légisaction *per iudicis postulationem* a pour trait caractéristique la demande d'un juge au magistrat. Elle intervient probablement dans les cas où il y a plutôt un règlement à faire qu'une contestation à trancher (partage, bornage) et où par conséquent les affirmations et contre-affirmations de la procédure *per sacramentum* ne trouveraient pas lieu.

La légisaction *per condictionem* a pour trait caractéristique la *sommation* (*condictio*) du demandeur au défendeur d'avoir à se présenter devant le préteur le trentième jour pour choisir un juge. Cette légisaction est la plus jeune de toutes. Elle sert à réaliser les créances de corps certains.

Digitized by Google

Son avantage sur la procédure *per sacramentum*, qui était aussi recevable dans ces cas, est précisément l'abolition du *sacramentum* et du risque qui l'accompagne. C'était en outre une action abstraite, c'est-à-dire sans indication de la *causa debendi*. Ce caractère resta aux *condictiones* de la procédure formulaire et c'est ce qui permit d'étendre le champ de leur application à des cas d'obligations de pure équité.

§ 64. — Legis actiones per pignoris capionem et per manus iniectionem.

Ces deux légisactions ont pour trait commun le fait qu'elles servent à réaliser certaines créances et qu'elles commencent par un acte d'exécution, soit la saisie d'un gage (*pignoris capio*), soit la saisie du débiteur (*manus iniectio*). C'est par voie d'opposition à la saisie que le procès s'engage, si procès il y a.

La *pignoris capio*, qui est le mode normal d'exécution du droit public, n'est accordée aux particuliers que dans des cas exceptionnels, où leurs créances ont un caractère d'intérêt public, et comme une délégation de la saisie publique. C'est ainsi qu'elle est accordée contre les contribuables aux publicains fermiers d'impôt, aux soldats pour leur solde, au créancier en vertu d'une vente à crédit d'un animal destiné à un sacrifice.

Celui à qui la *pignoris capio* était accordée, pouvait y procéder *extra ius*, c'est-à-dire non devant le préteur, mais *certis verbis*, c'est-à-dire en prononçant des paroles solennelles. Il retenait les gages saisis jusqu'à ce que le débiteur lui eût payé sa dette ou prouvé l'irrégularité de la saisie.

Le *manus iniectio* était l'exécution par excellence du droit privé. Le créancier, après un délai de grâce de 30 jours,

Digitized by Google

saisit la personne même du débiteur, l'emmène devant le magistrat et là proclame en termes solennels le montant de sa créance, sa cause et le défaut de paiement. Après quoi, si la créance n'est pas immédiatement payée ou si le débiteur ne trouve aucun *vindex* pour le défendre, le créancier l'emmène chez lui pour l'y garder en prison pendant 60 jours, durant lesquels il est obligé de le ramener devant le préteur à trois jours de marché consécutifs pour provoquer l'intervention d'un *vindex*. Si aucun *vindex* ne s'est présenté, et si le débiteur ne s'est pas arrangé avec le créancier, ce dernier pourra à l'expiration des 60 jours, le mettre à mort ou le vendre en esclavage au-delà du Tibre.

On le voit, le débiteur ne pouvait se libérer que de trois manières : par le paiement, par une transaction, ou par l'intervention d'un *vindex* qui contestait le bien fondé de la *manus iniectio*. Dans ce dernier cas le procès se continuait contre le *vindex*, qui, s'il succombait, devait payer le double.

A l'origine, la *manus iniectio* n'était accordée qu'au créancier au bénéfice d'un titre exécutoire, c'est-à-dire contenant un *damnas esto* adressé au débiteur, et portant sur une somme d'argent. Ainsi, elle appartenait au créancier au bénéfice d'un jugement ou d'une *confessio in iure*, de même à celui dont la créance était issue d'un *legatum per damnationem* ou peut-être aussi d'un *nexum*, c'est-à-dire d'un prêt conclu *per aes et libram*. Plus tard, elle fut étendue par des lois particulières à d'autres créances, soit dans toute sa vigueur comme *manus iniectio pro iudicato*, soit avec le droit pour le débiteur de plaider lui-même, comme *manus iniectio pura*, jusqu'à ce qu'une loi Vallia de la première moitié du second siècle avant J.-C. transformât toutes les *manus iniectiones* en *manus iniectiones purae*, sauf celle résultant d'un jugement.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE III

Formation de la procédure formulaire.

§ 65. — La loi Aebutia et les deux lois Juliae.

La procédure des légisactions avait l'inconvénient de faire prononcer par les parties elles-mêmes les formules solennelles d'action, dans lesquelles la moindre erreur de terme entraînait la perte du procès et par suite du droit. Cet inconvénient est écarté par la procédure formulaire, dans laquelle les parties parlent librement aussi bien *in iure* qu'*in iudicio*, et dans laquelle les formules orales et solennelles qu'elles devaient prononcer auparavant, sont remplacées par un ordre écrit du préteur au juge contenant les instructions d'après lesquelles ce dernier doit juger et s'appelant *formula* ou *iudicium*.

La procédure formulaire a été introduite à Rome par une loi *Aebutia*, dont M. Girard est parvenu à localiser la date vers l'an 125 avant J.-C.

On discute beaucoup la question de savoir quel a été le modèle copié par la loi *Aebutia*. D'après une doctrine très répandue ce serait la procédure employée dans les procès avec les étrangers. Dans ces procès en effet les légisactions, réservées aux citoyens romains, étaient inapplicables. Il fallait donc que le préteur pérégrin donnât des instruc-

Digitized by Google

tions spéciales au juge. Il l'aurait fait précisément à l'aide d'une formule écrite. D'après une autre théorie, la loi *Aebutia* aurait imité des institutions provinciales.

Quoi qu'il en soit, la loi *Aebutia* n'avait pas pour but de supprimer les légisactions, mais bien d'affranchir la procédure de leur joug inflexible. Cette loi permit en effet au préteur urbain de remplacer sur la demande des parties la légisaction par une formule. Le préteur avait le contrôle du choix des parties. Dès lors il en résulta nécessairement pour lui le pouvoir de refuser la légisaction quand il accordait la formule et vice-versa. C'est ce pouvoir nouveau conféré au préteur sur les légisactions et sur le juge, lorsque ce dernier est saisi par une formule qui tire sa force de la volonté du préteur, qui donna à ce magistrat le rôle d'un législateur. Ce n'est plus la loi qui accorde les actions, c'est le préteur. Aussi, ce rôle nouveau lui permit-il de réformer le droit en refusant les actions que la loi donnait tout en n'accordant pas de formule à leur place et en octroyant des formules même là où la loi refusait une action.

L'évolution commencée par la loi *Aebutia* fut achevée par les deux lois *Juliae*, qui furent probablement votées sous Auguste en l'an 17 avant J.-C. Ces deux lois supprimèrent la procédure des légisactions pour ne plus laisser subsister que la procédure formulaire. La procédure des légisactions leur survécut cependant dans un cas, celui de procès dans la compétence des centumvirs. Ce tribunal étant permanent, en effet, on ne concevrait même pas une formule du préteur l'installant dans chaque cas particulier.

Remarque. La loi *Aebutia* et les lois *Juliae* réglaient la procédure devant le préteur urbain, c'est-à-dire à Rome ou dans sa banlieue, entre parties ayant toutes la qualité de citoyens et devant un seul juge-juré. Une telle procé-

Digitized by Google

dure était en conséquence un *iudicium legitimum*, comme reposant entièrement sur la loi. Par contre, une procédure à laquelle l'un de ces éléments fait défaut, est un *iudicium imperio continens*, comme reposant sur le pouvoir du magistrat.

La distinction est importante au point de vue de la durée des pouvoirs du juge, qui cessent avec ceux du magistrat qui l'a institué dans un *iudicium imperio continens*, tandis que dans un *iudicium legitimum*, ils étaient perpétuels avant la loi *Julia* qui les a restreints à 18 mois.

La distinction est aussi importante au point de vue des effets. La règle *bis de eadem re ne sit actio* n'excluait de plein droit un second procès que si le premier avait été un *iudicium legitimum* avec action *in personam* et formule *in ius concepta*. Si par contre le premier procès avait été un *iudicium imperio continens*, alors le second n'était exclu que *ope exceptionis*, par l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE IV

La procédure extraordinaire.

§ 66. — Introduction de la procédure extraordinaire.

La procédure extraordinaire, c'est-à-dire sans jury, était déjà pratiquée sous la République comme procédure administrative.

Cette procédure administrative se substitua peu à peu à la procédure ordinaire, à l'*ordo iudiciorum privatorum*, dès le début de l'Empire. Elle s'y substitua d'abord en matière de créations impériales, c'est-à-dire en matière d'institutions juridiques sanctionnées pour la première fois par les empereurs et dont ceux-ci confièrent la réalisation soit aux consuls, soit aux préteurs, soit à des fonctionnaires spéciaux, ainsi en matière de fidéicommis, d'honoraires et d'aliments, ou qu'ils réalisaient eux-mêmes, ainsi l'appel. Puis cette substitution s'est étendue par suite des empiétements de certains fonctionnaires impériaux sur la justice civile. Ces empiétements se constatent en premier lieu dans les provinces au profit des gouverneurs, qui remplacent la procédure ordinaire par la procédure extraordinaire beaucoup plus tôt qu'à Rome et en Italie. Mais ils se produisent aussi à Rome, ainsi au profit des consuls et plus tard du préteur *de liberalibus causis* en matière de

Digitized by Google

liberté et d'ingénuité, ainsi au profit du préfet de l'annone en matière de contestations relatives aux affaires des marchands de blé et des armateurs, ainsi au profit du préfet des vigiles en matière de contestations entre propriétaires et locataires, ainsi encore au profit du préfet de la ville en matière de dépossession violente et de contestations relatives aux affaires des bouchers et des banquiers. De sorte qu'en somme la procédure ordinaire n'était plus employée que dans les procès qui, après tous ces empiétements, étaient restés dans la compétence des préteurs judiciaires. Et aussi, lorsque Dioclétien eut enlevé au seul préteur judiciaire qui subsistât encore à son époque, au préteur urbain, toute compétence en matière judiciaire, pour faire du *praefectus urbi* le chef de la justice civile, la procédure ordinaire fut partout et définitivement remplacée par la procédure extraordinaire.

§ 67. — Traits caractéristiques de la procédure extraordinaire.

La procédure extraordinaire est la procédure de la monarchie absolue, dans laquelle tout repose sur l'idée de subordination, subordination des sujets aux pouvoirs publics et des fonctionnaires les uns aux autres.

Aussi le procès ne s'engage-t-il plus par une *actio* d'un citoyen contre un autre, mais bien par une *querela*, par laquelle un sujet se plaint d'un autre à son supérieur, le fonctionnaire. Une fois saisi par cette *querela*, c'est le fonctionnaire lui-même qui fait les citations, ce n'est plus le demandeur qui amène le défendeur devant le magistrat, comme cela avait lieu dans les systèmes précédents de procédure. En outre, c'est le fonctionnaire lui-même qui rend le jugement ou qui le fait rendre par un juge appelé *iudex*

Digitized by Google

pedaneus, auquel il abandonnait le procès tout entier et qui était choisi par les parties, mais qu'il ne faut pas confondre avec le juge-juré de l'ancien système. Ce jugement, le fonctionnaire peut le rendre malgré le défaut du défendeur. Ce jugement peut condamner à autre chose qu'à une somme d'argent ; il peut condamner à la chose même qui est réclamée. Mais un tel jugement n'est pas, à la différence de ce qui avait lieu sous l'ancien système, définitif et inattaquable. On peut en effet désormais en appeler de tout jugement d'un fonctionnaire à un fonctionnaire supérieur, ce qui donne un nombre déraisonnable d'appels allant du bas en haut de la hiérarchie administrative.

Enfin, une fois le jugement devenu définitif par l'expiration du délai de recours, c'est le fonctionnaire lui-même qui l'exécute par l'intermédiaire de ses officiers, soit en nature, soit en faisant saisir des gages qui seront vendus au profit de la partie gagnante (*pignus ex causa iudicati captum*).

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE V

Système de la procédure formulaire.

CHAPITRE PREMIER

Marche de l'instance.

SECTION I

Les plaideurs.

§ 68. — Les parties et leurs représentants.

A Rome, les particuliers ont toujours pu être parties à un procès, à moins d'être frappés d'une incapacité légale.

Sont incapables :

1° les esclaves,

2° les pérégrins devant le préteur urbain,

3° les mineurs au-dessous de 17 ans,

4° les sourds.

Sous le système formulaire, contrairement à ce qui avait lieu sous le système des législactions, où les parties devaient en principe plaider elles-mêmes, on admet les parties à se faire représenter en justice, sauf pour les infâmes

Digitized by Google

et par des infâmes. Seulement, le représentant ne plaide pas au nom du représenté, mais en son propre nom : la condamnation n'est pas prononcée pour ou contre le représenté, mais bien pour ou contre le représentant. Celui-ci en transfère les effets au représenté par un règlement de compte postérieur au procès.

Il y a deux sortes de représentants en justice : 1° le *cognitor*, qui est nommé *certis verbis* et en présence de l'adversaire, et 2° le *procurator*, qui est nommé par un mandat difforme.

La distinction est importante au point de vue des effets de la représentation de la partie demanderesse.

Si cette partie est représentée par un *cognitor*, alors l'action intentée par ce dernier a les mêmes effets que si elle avait été intentée par elle-même, c'est-à-dire que la litiscontestation consomme le droit du représenté, lequel ne pourra plus intenter la même action contre le même défendeur. Aussi ce dernier doit-il répondre à l'action du *cognitor*, sans pouvoir exiger de lui aucune garantie spéciale. Par contre, l'action intentée par un *procurator* ne consommait pas à l'origine le droit du représenté, lequel pouvait ainsi réintenter la même action contre le même défendeur. Aussi, ce dernier n'était-il obligé de répondre à l'action du *procurator*, que si celui-ci avait garanti par des cautions la ratification du représenté (*cautio de rato*).

Cependant on admit à la fin de l'époque classique que l'action d'un *procurator* dûment autorisé consommerait le droit du représenté. Dès lors on n'exigea plus de *cautio de rato* que du *procurator* dont le mandat était douteux ou qui n'en avait point du tout.

Quant à la représentation de la partie défenderesse, elle a toujours les mêmes effets, qu'il s'agisse d'un *cognitor* ou d'un *procurator* : le droit du demandeur est consommé. Aussi le demandeur peut-il, pour se couvrir des risques

Digitized by Google

d'insolvabilité du représentant, exiger de celui-ci qu'il lui garantisse par des cautions l'exécution du jugement (*satisdatio iudicatum solvi*).

§ 69. — Citation en justice. Vadimonium.

La procédure avec jury suppose toujours un débat contradictoire devant le magistrat. Elle ne connaît pas de procès par défaut. Elle devait donc procurer à celui qui veut intenter une action, le moyen de faire comparaître son adversaire devant le magistrat. Ce moyen c'est la citation en justice, l'*in ius vocatio*, c'est-à-dire la sommation adressée par le demandeur au défendeur d'avoir à le suivre devant le magistrat. Le sommé est alors obligé de suivre le demandeur. S'il résiste, celui-ci peut l'entraîner par la force, à moins qu'il ne fournisse un garant (*vindex*) ou à moins que le demandeur ne préfère intenter contre lui une action prétorienne *in factum* en paiement d'une amende. Le préteur accorde en outre une action semblable contre celui qui délivre par la force le défendeur entraîné par le demandeur.

Une fois cette première comparution obtenue, si d'autres étaient nécessaires, le magistrat ne laissait aller le défendeur que moyennant sa promesse garantie par des cautions de comparaître de nouveau devant lui. Cette promesse s'appelle *vadimonium*. Ce *vadimonium*, qui n'était employé à l'origine que pour assurer une seconde comparution du défendeur, servit aussi plus tard à assurer sa première comparution et joua ainsi le rôle de l'*in ius vocatio*.

Digitized by Google

Section II

Débats in iure.

§ 70. — Le préteur et son office.

Les débats *in iure* ont lieu devant le magistrat compétent, c'est-à-dire à Rome devant les deux préteurs urbain et pérégrin, et, pour les affaires des marchés, devant les édiles curules, en province devant les gouverneurs et dans les provinces sénatoriales, devant les questeurs pour les affaires des marchés, et en outre, tant en Italie qu'en province, devant les duumvirs municipaux.

Tous ces magistrats siégent en public et seulement certains jours.

Nous étudierons plus spécialement l'activité du préteur urbain *in iure*. Le rôle du préteur, son office, est de faire rendre la justice entre particuliers. Dès lors, il doit organiser une bonne juridiction. Or, pour les Romains une bonne juridiction est avant tout une juridiction équitable. Aussi le préteur opère-t-il la naturalisation à Rome du *ius gentium*, dans lequel les Romains de la fin de la République voyaient l'idéal de l'équité.

Ensuite une bonne juridiction est pour les Romains une juridiction qui diminue le nombre des procès et qui combat la chicane. Aussi le préteur cherche-t-il à diminuer le nombre des procès en empêchant le même demandeur d'intenter plus d'un procès contre le même défendeur pendant la même préture. Le demandeur qui contrevient à cette défense se voit opposer une exception en vertu de laquelle il perd son procès et par suite son droit.

En outre le préteur combat la chicane par des pénalités infligées aux plaideurs téméraires.

Digitized by Google

C'est d'abord l'infamie infligée au défendeur qui a été condamné dans une action de fiducie, de mandat, de société ou de dépôt.

C'est ensuite la condamnation au double encourue par le défendeur qui nie *in iure* une dette autrefois réalisable par voie de *manus iniectio.*

C'est enfin l'amende infligée à l'une des parties au profit de l'autre dans certains procès où le préteur les autorise à engager un pari sur l'existence de la prétention, *sponsio poenalis.*

En outre le préteur permet à chaque partie de déférer à l'autre le *iusiurandum calumniae*, c'est-à-dire le serment sur le point de savoir si elle ne plaide pas par pure chicane. Si le demandeur refuse de prêter ce serment, le préteur lui refuse l'action ; si c'est le défendeur qui refuse, le préteur le traite comme un *indefensus.*

De plus le préteur autorise le demandeur à une action personnelle portant sur un objet certain, à déférer au défendeur le serment sur l'existence de la dette. Le défendeur est alors obligé de le prêter ou de le référer, sous peine de se voir traité comme *confessus in iure.*

Ces différentes mesures auront eu pour principal effet d'amener un aveu du défendeur et de dispenser ainsi le magistrat d'installer un jury. En effet, *confessus in iure pro iudicato est*, ce qui signifie 1° en matière d'action personnelle que, si l'aveu porte sur une dette d'argent, la créance devient immédiatement exécutoire, ce qu'elle ne devient, si l'aveu porte sur une autre dette, qu'après l'estimation en argent de cette dette, et 2° en matière d'action réelle, que le préteur attribue au demandeur le droit qu'il réclame.

A défaut d'un aveu, le préteur cherche à amener une transaction, c'est-à-dire la solution du litige par des concessions réciproques, ou un compromis, c'est-à-dire une

Digitized by Google

convention par laquelle les parties soumettent leur litige à un ou plusieurs arbitres, dont elles s'engagent à observer la décision sous stipulation pénale, *poena compromissa.*

§ 71. — Nature contractuelle des débats *in iure.*

Les débats *in iure* commencent par l'indication que fait le demandeur sur l'album du préteur de la formule qu'il veut demander (*postulatio* ou *editio actionis*). Là-dessus, le défendeur s'explique sur cette demande. Abstraction faite du cas où il en reconnaît le bien fondé, il peut la contester de deux manières, ou bien purement et simplement, ou bien en lui opposant un droit rival dans une exception dont il demande l'insertion dans la formule, et à laquelle le demandeur pourra opposer une réplique et ainsi de suite. Mais sur chacun de ces points il faut le consentement des deux parties. Ce consentement se manifeste dans la litiscontestation, qui est le contrat par lequel les parties acceptent la formule avec toutes ses modalités et le juge qu'elle désigne. Ainsi, c'est la litiscontestation qui donne aux débats *in iure* leur caractère contractuel.

Mais il peut y avoir en outre d'autres contrats indispensables *in iure*, des garanties à fournir, des paris à conclure. Parmi les garanties à fournir, nous avons déjà vu celles qui sont exigées en cas de représentation. Citons encore le cas où une *satisdatio iudicatum solvi* est exigée de tout défendeur à une action basée sur une créance autrefois réalisable par voie de *manus iniectio* et celui où la même garantie est exigée de tout défendeur à une action réelle.

Pour tous ces contrats, à commencer par la litiscontestation, il fallait évidemment le consentement des parties. Il suffisait donc que l'une d'elles refusât le sien pour rendre

Digitized by Google

toute procédure ultérieure impossible. Aussi, le préteur use-t-il des mesures les plus énergiques pour forcer le consentement des parties. C'est ainsi qu'il refuse l'action, *denegat actionem*, au demandeur qui ne veut pas accepter les propositions justifiées du défendeur. C'est ainsi encore qu'il traite en *indefensus* le défendeur qui refuse les propositions justifiées du demandeur, c'est-à-dire que s'il s'agit d'une action personnelle, il envoie directement le créancier en possession des biens du débiteur, et, s'il s'agit d'une action réelle, il transfère la possession de la chose et avec elle les avantages de la défensive du défendeur au demandeur.

Une fois l'accord des parties obtenu, le préteur décide s'il accorde ou refuse l'action demandée et dans quels termes il délivre la formule. S'il accorde l'action, il en fait rédiger la formule et la remet au demandeur, ce qui s'appelle *iudicium dare*, après quoi les parties procèdent à la litiscontestation, qui est l'acte final du *ius*, qui fait passer le procès *ex iure in iudicium*, c'est-à-dire de la compétence du préteur dans celle du juge.

Section III

Débats in iudicio.

§ 72. — Différentes espèces de jurys.

Les jurys de la fin de la République sont ou bien des juges nommés *ad hoc* pour un procès ou bien des tribunaux permanents.

1° Les juges nommés *ad hoc* sont ou bien un seul juge ou bien plusieurs *recuperatores*. L'*unus iudex* est le juge

Digitized by Google

de la procédure nationale romaine. Il s'appelle *arbiter* ou *iudex* suivant la plus ou moins grande liberté d'appréciation que lui laisse la formule.

Quant aux récupérateurs, ils étaient à l'origine les juges de la procédure internationale établie par des traités avec Rome. Puis ils furent employés par le préteur pérégrin et enfin aussi par le préteur urbain dans certains procès.

La raison de cet emprunt est dans le fait que la procédure des récupérateurs est une procédure accélérée. Elle est accélérée par suite de deux circonstances : la première est que les récupérateurs sont toujours plusieurs et décident à la majorité, la seconde est qu'ils peuvent, à la différence du *unus iudex*, siéger même en dehors du *rerum actus*.

Quant à leur mode de nomination, le *unus iudex* est choisi par le libre accord des parties, ou bien à défaut d'un tel accord par les propositions du demandeur tirées d'une liste de jurés dont la composition a varié avec le temps, propositions qui sont répétées jusqu'à ce que le défendeur en accepte une, et les récupérateurs sont désignés par le tirage au sort par le magistrat d'une liste sur laquelle chaque partie fait à tour de rôle des récusations jusqu'à ce qu'on soit arrivé au nombre voulu.

2° Les tribunaux permanents en matière civile sont les décemvirs *stlitibus iudicandis* et les centumvirs.

Ces tribunaux ne datent que des derniers siècles de la République. Leur compétence est *a*) pour les décemvirs les procès d'état-civil et de liberté ; *b*) pour les centumvirs les procès de propriété et d'hérédité.

Les décemvirs ont été dépouillés de leur compétence par la loi *Julia* sous Auguste, qui en fit une autorité de surveillance et de contrôle des centumvirs. Quant à ce dernier tribunal il subsista jusqu'à la fin de l'époque classique. Rappelons ici que la procédure formulaire était ex-

Digitized by Google

clue devant ce tribunal permanent devant lequel seule la procédure de la *legis actio per sacramentum* était recevable (§ 65).

§ 73. — **Procédure** *in iudicio.*

Le juge siège en public, sur le *forum*, avec l'assistance d'un conseil d'amis et de juristes. Il dirige les débats comme il veut, à la condition d'entendre les deux parties.

Cela bien entendu si les deux parties comparaissent, car au cas où l'une d'elles fait défaut, on doit attendre, selon les XII Tables jusqu'à midi et selon le droit de l'Empire jusqu'à 10 heures, après quoi le juge doit donner gain de cause à la partie présente.

Mais si les deux parties sont présentes, alors les débats commencent en général par les plaidoiries, *perorationes*, et continuent par l'administration des preuves. En matière de preuves, le grand principe romain est la liberté, c'est-à-dire que le droit romain ignore les preuves légales qui lient le juge, il laisse à la conscience de celui-ci l'appréciation des preuves librement fournies par les parties. La seule règle admise par le droit romain en cette matière est dictée par la logique : c'est la règle suivant laquelle le fardeau de la preuve incombe à celui qui affirme, qui allégue un fait.

Une fois les preuves fournies et la conviction du juge formée, celui-ci prononce son jugement en se basant sur la formule. Ce jugement ne peut être que l'absolution ou la condamnation du défendeur. Si c'est une condamnation elle ne peut porter que sur une somme d'argent, pour le montant de laquelle c'est de nouveau la formule qui fixe les pouvoirs du juge. Ce principe des condamnations pécuniaires tient à ce que le mode d'exécution de la procédure formulaire est la mise en faillite du condamné. Or

Digitized by Google

dans la faillite on ne peut faire valoir que des créances d'argent.

Si le jugement s'écarte des termes de la formule, si par exemple il condamne à une somme supérieure ou inférieure à celle indiquée dans la formule, alors une telle condamnation est nulle, car les pouvoirs du juge sont fixés limitativement par la formule. Elle ne peut cependant pas être corrigée, car une fois son jugement prononcé, les pouvoirs du juge cessent et on ne pourra plus intenter un nouveau procès sur le même droit à cause de la règle *bis de eadem re ne sit actio*. Il en résulte que le droit du demandeur est irrévocablement perdu. Mais celui-ci aura un recours en dommages-intérêts contre le juge, dont on dit dans ce cas qu'il a fait le procès sien, *litem suam fecit*. Il en est de même lorsque le juge a fait perdre sa prétention au demandeur en ne se présentant pas au jour fixé pour rendre sa sentence.

Section IV

Influence du procès sur le droit poursuivi.

§ 74. — **Importance de la litiscontestation.**

La L. C. a une double importance :

1° elle formule définitivement la question litigieuse. Il en résulte que c'est au moment de la L. C. que le juge doit se reporter pour examiner la question à trancher. D'où la conséquence qu'il condamnera si l'action était fondée alors, quand bien même elle aurait cessé de l'être depuis. C'est ainsi qu'il condamnera

a) dans une action intransmissible, malgré la mort de l'une des parties survenue depuis la L. C.

Digitized by Google

b) dans une action temporaire, malgré l'expiration du délai de prescription survenue depuis la L. C.

c) dans une action autre qu'une action arbitraire ou de bonne foi, malgré la satisfaction fournie au demandeur depuis la L. C. Sur ce dernier point cependant les Sabiniens ont fait prévaloir le principe que *omnia iudicia sunt absolutoria*, c'est-à-dire que le défendeur peut être absous dans tout procès, s'il satisfait le demandeur avant le jugement.

Le juge se reportera également au moment de la L. C. pour fixer le montant de la condamnation.

2° La L. C. consomme le droit poursuivi, c'est-à-dire qu'en vertu de la règle *bis de eadem re ne sit actio*, ce droit ne pourra plus être invoqué pour intenter un second procès contre le même défendeur (§ 60). Cette exclusion d'un second procès a lieu tantôt *ipso iure*, c'est-à-dire par l'office du juge, qui déboute sans autres le demandeur au second procès, tantôt *ope exceptionis*, c'est-à-dire par l'office du préteur, qui insére dans la formule l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Cette exception serait d'après une opinion divergente, une *exceptio rei in iudicium deductae* seulement. Il y a exclusion de plein droit toutes les fois que le premier procès a été un *iudicium legitimum* avec action *in personam* et formule *in ius concepta*. Il y a exclusion *ope exceptionis* dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque le premier procès a été un *iudicium imperio continens*, même avec action *in personam* et formule *in ius concepta*, et de même toutes les fois que le premier procès a été basé sur une action *in rem* ou sur une action personnelle avec formule *in factum concepta*, qu'il ait été un *iudicium legitimum* ou un *iudicium imperio continens* (§ 65).

Digitized by Google

§ 75. — **Importance du jugement** : *chose jugée.*

Le jugement est important en ce qu'il permet au demandeur d'en exiger l'accomplissement de la part du défendeur condamné, cela par les voies d'exécution, et en ce qu'il établit l'autorité de la chose jugée.

Cette autorité se fait valoir dans deux fonctions, l'une négative et l'autre positive.

Dans sa fonction négative l'autorité de la chose jugée se réalise par l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* qui s'oppose à toute action nouvelle du même demandeur contre le même défendeur, basée sur le même droit. D'après l'opinion déjà mentionnée, il s'agirait ici d'une *exceptio rei iudicatae* seulement. Dans cette fonction, l'exception se fonde uniquement sur l'existence d'un premier jugement pour en empêcher un second.

Dans sa fonction positive par contre l'autorité de la chose jugée se fonde sur le contenu du premier jugement, qu'on considère comme faisant loi entre les parties. Dans cette nouvelle fonction, l'autorité de la chose jugée se réalise par l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* opposable au défendeur vaincu dans le premier procès, qui intente maintenant à son tour contre l'ancien demandeur victorieux, l'action dans laquelle il avait été condamné, et par la *replicatio rei secundum se iudicatae* qui paralyse l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* opposée au demandeur qui a vaincu dans le prémier procès et qui, pour une raison quelconque, veut en intenter un deuxième pour confirmer le premier.

L'autorité de la chose jugée dans sa fonction positive n'a été admise en droit romain qu'à l'époque classique. C'est la seule qui subsiste en droit de Justinien.

Digitized by Google

Pour qu'on puisse invoquer l'autorité de la chose jugée il faut deux conditions :

1° identité de question,

2° identité de personnes.

SECTION V

L'exécution.

§ 76. — Exécution civile et exécution prétorienne.

L'exécution des jugements était amenée par l'*actio iudicati* accordée contre le condamné. Cette action va au double contre celui qui en conteste le bien fondé et elle exige de sa part la *satisdatio iudicatum solvi.* Si le défendeur ne conteste pas ou ne fournit pas cette *satisdatio*, alors il doit immédiatement payer, sans quoi il encourt l'exécution sur sa personne ou sur ses biens.

1° L'exécution sur la personne du condamné est l'exécution du droit civil dérivée de la *manus iniectio.* Le demandeur emmène chez lui le *iudicatus* sur l'autorisation du magistrat et l'y retient *in carcere privato* jusqu'à ce qu'il ait payé ou se soit racheté par son travail. Mais le créancier n'avait plus le droit, déjà sous les légisactions, de vendre ou de tuer son débiteur, cela à la suite d'une loi *Poetelia-Papiria* de 326 avant J.-C.

Cette exécution civile est restée en vigueur pendant toute l'époque classique. Elle était cependant exclue contre le débiteur qui en vertu de la loi *Julia* a fait spontanément abandon de ses biens à ses créanciers, *cessio bonorum.*

2° L'exécution sur les biens du condamné est l'exécution du droit administratif. Elle se fait par voie de mise

Digitized by Google

en faillite du condamné, c'est-à-dire par voie de liquidation de tout son actif.

Le demandeur qui le requiert est envoyé par le préteur en possession des biens du condamné (*missio in bona*). Une fois en possession, il est obligé de faire des affiches pour inviter les autres créanciers à intervenir dans la faillite. Au bout de 30 jours, le débiteur devient infâme et le préteur invite les créanciers à choisir parmi eux un syndic de la faillite, un *magister bonorum*, qui est chargé de procéder 10 jours après à la vente aux enchères du patrimoine du débiteur. Cette *venditio bonorum* se fait en bloc et au plus offrant, c'est-à-dire à l'acheteur qui offre aux créanciers le dividende le plus élevé. Ce *bonorum emptor* devient un successeur prétorien à titre universel du failli, c'est-à-dire que le préteur accorde pour ou contre lui les actions qui existaient pour ou contre le failli. Seulement il ne répond des dettes du failli que jusqu'à concurrence du dividende promis. Pour le surplus c'est le failli qui reste personnellement tenu.

Remarque. Une loi *Julia* de César ou d'Auguste permet à l'insolvable de faire spontanément abandon de ses biens à ses créanciers (*cessio bonorum*) et d'éviter ainsi non seulement l'exécution civile, mais aussi l'infamie qui sans cela résulte de la mise en faillite. Le débiteur y trouve en outre l'avantage de n'avoir plus à être condamné à raison de ses dettes anciennes qu'à ce qu'il peut faire.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Des formules.

SECTION I

Généralités.

§ 77. — Les parties de la formule.

La formule commence par la nomination du juge. Puis vient généralement l'*intentio*, c'est-à-dire la partie de la formule qui indique la prétention du demandeur. Enfin vient l'ordre au juge de condamner le défendeur si l'*intentio* est fondée et de l'absoudre au cas contraire. Cette partie de la formule s'appelle la *condemnatio*.

Toute formule contient normalement ces trois parties, à la seule exception des *praeiudicia*, qui posent au juge une question préjudicielle et ne contiennent pas de *condemnatio*. Mais il peut y en avoir d'autres, ainsi une *demonstratio*, c'est-à-dire une clause indiquant le fait sur lequel se base l'*intentio* lorsque l'objet de celle-ci est indéterminé, de même une *adiudicatio* dans les actions en partage et en bornage.

Telles sont les parties principales essentielles de la formule. A côté d'elles, il peut y avoir, suivant les besoins du cas concret, des parties accessoires, accidentelles, qui

Digitized by Google

sont les *praescriptiones* et les exceptions, répliques, dupliques, etc.

§ 78. — **Erreurs dans la formule.**

1° Erreur dans la *demonstratio*. Une telle erreur entraîne la perte du procès, mais non pas du droit, car la *demonstratio* indiquant un fait, une erreur sur ce fait a pour conséquence qu'on a agi *de alia re*.

2° Erreur dans l'*intentio*.

a) Lorsqu'on a demandé une chose pour une autre, *aliud pro alio*, on perd son procès mais non pas son droit.

b) Lorsqu'on a demandé moins que ce à quoi l'on a droit, *minus petitio*, on obtient ce moins et l'on garde le droit de poursuivre le reste, mais pas avant la préture suivante (§ 70).

c) lorsqu'on demande plus que ce à quoi l'on a droit, *plus petitio*, on perd son procès et son droit, car en demandant le plus, on demande le moins.

3° Erreur dans la *condemnatio*.

a) Lorsque la *condemnatio* est exagérée, le défendeur obtient par une *in integrum restitutio* une formule corrigée.

b) Lorsque la *condemnatio* est trop petite, le demandeur qui a accepté une telle formule doit se contenter de la somme qu'elle indique.

Digitized by Google

Section II

Actions au point de vue de la forme.

§ 79. — **Actions civiles et actions prétoriennes.**

D'après la source de droit qui les a introduites, les actions se divisent en civiles et prétoriennes. Les actions civiles sont celles qui sont accordées par le droit civil, les actions prétoriennes sont celles qui sont créées par l'édit du préteur indépendamment du droit civil.

Dans la procédure formulaire, il est vrai, toutes les actions sont accordées par le préteur, aussi bien les civiles que les prétoriennes. Mais tandis que pour les premières le préteur n'est que le dispensateur des biens d'autrui, pour les secondes il donne vraiment quelque chose qui vient de lui.

Il ne faut pas confondre cette distinction avec celle des *iudicia* en *legitima* et *imperio continentia*. En effet une action civile peut très bien être exercée dans un *iudicium imperio continens* et une action prétorienne dans un *iudicium legitimum*.

La distinction des actions en civiles et prétoriennes se traduit dans la forme en ce que les premières sont toujours des actions directes avec formule *in ius concepta*, tandis que les secondes sont ou bien des actions utiles ou bien des actions directes avec formule *in factum concepta*.

§ 80. — **Action directe et action utile.**

On appelle action directe l'action créée directement pour le rapport de droit en question et action utile l'action éten-

Digitized by Google

due par le préteur et par analogie à un rapport de droit semblable ou transférée à d'autres personnes.

L'action directe peut être une action prétorienne aussi bien qu'une action civile.

Les deux moyens employés par le préteur pour créer des actions utiles sont la transposition des sujets et la fiction.

1° Par la transposition des sujets le préteur opère le transfert de l'action d'une personne à une autre, en rédigeant l'*intentio* au nom de l'une, par exemple du représenté, et la *condemnatio* au nom de l'autre, p. ex. du représentant.

2° Par les actions fictices le préteur protège des rapports de droit analogues à ceux sanctionnés par l'action directe, en ordonnant au juge par une fiction d'admettre comme existante une condition de l'action directe qui en réalité fait défaut. Ex. action Publicienne.

§ 81. — **Formules** *in ius* **et formules** *in factum conceptae.*

Cette distinction repose sur une différence dans l'*intentio*. Celle-ci est-elle une *intentio iuris civilis*, c'est-à-dire pose-t-elle au juge une question de droit, p. ex., le demandeur est-il propriétaire *ex iure Quiritium*, ou bien le défendeur est-il débiteur, alors on a une formule *in ius concepta*. Pose-t-elle par contre une question de fait, c'est-à-dire soumet-elle au juge un ensemble de faits qui sont sans importance au point de vue du droit civil, mais desquels le préteur veut faire découler une action, alors on a une formule *in factum concepta*. Exemple : la formule de l'action hypothécaire.

Digitized by Google

Section III

Actions au point de vue du fond.

§ 82. — Actions populaires et actions privées

Au point de vue du fond, les actions se distinguent d'après la nature du droit subjectif qu'elles sanctionnent.

Une première division distingue ici les actions en populaires ou privées suivant qu'elles appartiennent à tout citoyen, qui les intente dans l'intérêt public, ou suivant qu'elles n'appartiennent qu'à un particulier déterminé, qui les intente dans l'intérêt de son droit lésé. Les premières sont donc fondées sur le droit de cité, les secondes sur un droit privé.

Exemple d'action populaire : l'action *de positis et suspensis* donnée au premier citoyen venu contre celui de l'appartement duquel un objet pourrait tomber dans la rue, pour lui réclamer une amende de 10 000 sesterces qui appartient au demandeur.

Quant aux actions privées, leur distinction la plus importante est celle des actions *in rem* et des actions *in personam*.

§ 83. — Actions *in rem* et actions *in personam*.

Les actions *in rem* sanctionnent des droits réels, c'est-à-dire des droits absolus, valables envers et contre tous, tandis que les actions *in personam* sanctionnent des droits personnels ou d'obligation, c'est-à-dire des droits relatifs, valables contre une personne déterminée, le débiteur.

Généralement la différence entre ces deux genres d'actions se manifeste dans l'*intentio*, qui se borne dans les

Digitized by Google

actions *in rem* à désigner la chose sur laquelle porte le droit réel réclamé, sans indiquer la personne du défendeur, tandis que dans les actions *in personam* elle nomme le défendeur. Seules les actions *in rem scriptae* font exception à cette règle. On appelle ainsi des actions personnelles dont l'*intentio* ne nomme pas le défendeur parce qu'elles sanctionnent une obligation imposée non pas à un individu invariablement déterminé mais à toute personne qui se trouve dans une situation donnée, par exemple l'obligation imposée à tout copropriétaire, quel qu'il soit, par l'*actio communi dividundo*, de concourir au partage de la chose commune.

1° Actions *in rem*.

Il y avait ici une double procédure, celle *per sponsionem* et celle par formule pétitoire.

a) dans la procédure *per sponsionem* le défendeur promet au demandeur, dans une *sponsio praeiudicialis*, une somme insignifiante pour le cas où ce dernier serait reconnu propriétaire. Il lui promet en outre pour le même cas, avec la garantie de cautions, de lui restituer la chose et ses fruits. C'est ce qu'on appelle la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* à cause de son analogie avec l'engagement des *praedes* dans la *l. a. per sacramentum in rem* (§ 106). Ici, le juge ne statue que sur la petite somme promise. Mais, une fois qu'il a donné tort au défendeur, celui-ci restituera la chose et ses fruits pour n'être pas tenu, avec ses cautions, en vertu de la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*.

b) dans la procédure par formule pétitoire, la question soumise au juge est directement celle de la propriété du demandeur. Le juge reçoit l'ordre, s'il reconnaît cette propriété, d'inviter le défendeur à restituer la chose et ses accessoires au demandeur, à défaut de quoi il condamnera le défendeur à des dommages-intérêts. Ici encore l'exécu-

Digitized by Google

tion du jugement est assurée par des cautions, par la *satisdatio iudicatum solvi.*

On le voit cette procédure offre sur celle *per sponsionem* un double avantage :

a) Elle fait trancher directement par le juge la question de propriété ;

b) elle règle la restitution à faire au demandeur qui a gagné, ou à son défaut la condamnation du défendeur. Ces deux derniers résultats n'étaient obtenus dans la procédure *per sponsionem* que dans le second procès sur la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum.*

Mais aussi bien la procédure *per sponsionem* que la procédure par formule pétitoire offrent sur la procédure de la *l. a. per sacramentum in rem* l'avantage d'être des procédures simples et non pas doubles (§ 62), c'est-à-dire des procédures dans lesquelles chacune des parties joue un rôle distinct, l'une, le propriétaire qui ne possède pas, le rôle de demandeur qui doit prouver son droit, l'autre, celle qui possède et qui fournit la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* ou *iudicatum solvi* (§ 71) le rôle de défendeur qui n'a rien à prouver et qui est maintenu en possession si le demandeur échoue dans la preuve de son droit.

2° Actions *in personam :*

La différence de procédure qui sépare les actions *in personam* des actions *in rem* est qu'on est obligé de répondre aux premières sous peine d'être mis en faillite comme *indefensus*, tandis que dans les secondes l'*indefensio* n'a d'autre effet que de faire transférer la possession de la chose, de l'*indefensus* au demandeur (§ 71).

Le système des actions *in personam* se ramène à celui des obligations. Aussi l'étudierons-nous en détail avec le droit des obligations. Nous verrons comment la principale division des actions personnelles est celle des actions con-

Digitized by Google

tractuelles et des actions délictuelles, comment les premières se distinguent en actions de droit strict et actions de bonne foi, et les secondes en actions pénales, réipersécutoires et mixtes.

Section IV

Condamnation et exceptions.

§ 84. — **La condamnation et les actions arbitraires.**

La *condemnatio*, partie de la formule qui donne au juge le pouvoir de condamner à une somme d'argent ou d'absoudre le défendeur, est *certa* ou *incerta* suivant qu'elle fixe au juge la somme à laquelle il peut condamner ou lui laisse la liberté de l'apprécier. La *condemnatio incerta* est *cum taxatione* lorsqu'elle fixe au juge un maximum qu'il ne peut pas dépasser.

En règle générale le juge doit condamner toutes les fois que l'*intentio*, est fondée, sauf dans deux cas, celui de *clausula arbitraria* et celui d'une exception.

On appelle *clausula arbitraria* la clause de la formule qui donne au juge le pouvoir, une fois l'*intentio* vérifiée, d'inviter le défendeur à faire au demandeur la restitution arbitrée par le juge, en le menaçant, faute par lui d'exécuter cette restitution, de le condamner à la somme que fixera le demandeur lui-même sous la foi du serment.

Si par contre le défendeur exécute cette restitution, alors il est absous.

Les actions qui contiennent une telle clause sont appelées actions arbitraires.

Sont arbitraires d'abord toutes les actions réelles intentées par formule pétitoire. Ici, le but de la *clausula arbi-*

Digitized by Google

traria est de permettre au demandeur d'obtenir ce à quoi il a droit, c'est-à-dire la chose sur laquelle porte son droit, plutôt qu'une condamnation pécuniaire qui aboutirait à son expropriation.

Sont en outre arbitraires certaines actions personnelles, tantôt dans le but de permettre au défendeur d'éviter l'infamie qui résulterait pour lui d'une condamnation, tantôt dans le but de lui permettre d'éviter une condamnation à un multiple de la valeur de la prestation due, tantôt dans d'autres buts encore.

§ 85. — Les prescriptions et les exceptions.

Les *praescriptiones pro reo* sont des clauses insérées en tête de la formule et par lesquelles le préteur ordonne au juge d'absoudre le défendeur, malgré le bien fondé de l'*intentio*, si telle circonstance se vérifie. Telle la *praescriptio longi temporis*.

Les *praescriptiones pro reo* furent pour la plupart remplacées dès avant l'époque de Gaius par des exceptions, c'est-à-dire par des clauses insérées après l'*intentio* et donnant au juge un ordre semblable.

Les exceptions sont aussi variées que les différentes faces de l'office du préteur.

Le premier devoir du préteur est d'appliquer la loi. Aussi accorde-t-il une exception partout où la loi lui ordonne d'empêcher toute poursuite. De là les exceptions de la loi *Cincia*, des S. C. Velléien et Macédonien, etc. C'est à tort qu'on a voulu qualifier de telles exceptions de civiles ; toutes les exceptions sont prétoriennes.

Le préteur a ensuite le devoir de chercher à diminuer le nombre des procès. De là l'exception *litis dividuae*, opposable au demandeur qui veut dans la même préture inten-

Digitized by Google

ter contre le même défendeur un second procès partiel. De là aussi l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.*

Enfin et surtout le devoir du préteur est de réaliser l'équité. De là une série d'exceptions qui permettent au juge d'absoudre là où l'équité l'exige, mais où le droit strict ne le permettrait pas, telles les exceptions de contrainte, de pacte et surtout de dol. Cette dernière exception a en particulier permis au préteur de mettre le défendeur à une action de droit strict dans la même situation que le défendeur à une action de bonne foi, dans laquelle cette exception est sous-entendue.

Remarque. On dit d'une prétention paralysée par une exception, qu'elle est éteinte *ope exceptionis*, et l'on oppose à cette extinction celle qui résulte d'un fait extinctif *ipso iure.* La principale différence entre ces deux genres d'extinction est que, dans l'extinction *ope exceptionis*, le défendeur ne peut invoquer le fait extinctif devant le juge, que s'il a fait insérer dans la formule l'exception correspondante, tandis que, dans l'extinction *ipso iure*, il peut le faire valoir en tout état de cause, sans avoir besoin de l'invoquer déjà *in iure*, avant la L. C.

§ 86. — Exceptions péremptoires et exceptions dilatoires. Répliques, dupliques.

1° Une exception est péremptoire ou perpétuelle lorsqu'elle peut s'opposer à l'action en tout temps, elle est dilatoire ou temporaire lorsqu'elle ne peut s'y opposer que pendant un certain temps, et que son principal effet est ainsi de différer l'action. Que si le demandeur ne diffère pas son action et que l'exception dilatoire lui soit opposée, alors il perd son procès et par suite son droit.

2° La réplique est l'exception de l'exception accordée au

Digitized by Google

demandeur, c'est-à-dire l'ordre au juge de condamner malgré le bien fondé de l'exception, s'il se vérifie telle circonstance qui fait considérer l'exception comme injuste et la condamnation comme équitable.

A une réplique du demandeur, le défendeur peut à son tour opposer une duplique, et ainsi de suite.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Créations prétoriennes pour compléter la procédure ordinaire.

SECTION I

Les interdits.

§ 87. — Notion et espèces.

1° *Notion.* Les interdits sont des ordres que le préteur donne pour maintenir la tranquillité publique, en vertu de son *imperium*, c'est-à-dire en dehors du domaine de sa *iurisdictio*, en dehors du domaine du droit proprement dit.

A l'origine, ces ordres étaient probablement purs et simples ; le préteur les donnait directement après examen de la cause, *causa cognita*. Mais, à l'époque classique, les interdits sont des ordres conditionnels. Le magistrat n'a plus le temps d'examiner les faits invoqués, aussi accorde-t-il les interdits sur simple demande ; seulement, leur efficacité est désormais subordonnée à la condition que les faits invoqués soient exacts. De là la nécessité d'organiser une instance qui suive le prononcé de l'interdit, toutes les fois que l'une des parties conteste l'exactitude de ces faits.

2° *Espèces.* Les interdits comprennent les ordres posi-

Digitized by Google

tifs du préteur, *decreta*, ainsi l'ordre de restituer ou d'exhiber, et ses ordres négatifs, ses défenses, *interdicta* au sens étroit. D'où une première division des interdits en restitutoires, exhibitoires et prohibitoires.

On distingue en outre les interdits en simples ou doubles, suivant que l'ordre du préteur s'adresse à une seule partie, le défendeur, ou aux deux parties, qui jouent ainsi chacune le rôle de défendeur et de demandeur.

On divise enfin les interdits en pétitoires ou possessoires suivant qu'ils se basent sur un droit, comme les interdits *adipiscendae possessionis*, ou sur le simple fait de la possession, comme les interdits *retinendae* ou *recuperandae possessionis*.

§ 88. — Procédure des interdits.

Lorsque le bien fondé de l'interdit est contesté, il existe pour trancher le litige deux procédures différentes, l'une *sine poena*, l'autre *cum poena*.

1° Procédure *sine poena*. C'est la procédure *per formulam arbitrariam*, c'est-à-dire par une action arbitraire qui soumet directement au juge la question de savoir si le demandeur se trouve dans les conditions de l'interdit.

Cette procédure ne s'ouvre qu'à deux conditions :

a) qu'il s'agisse d'un interdit restitutoire ou exhibitoire et non prohibitoire.

b) que le défendeur ait demandé la nomination de l'arbitre sur le champ, avant de s'en aller de devant le préteur.

2° Procédure *cum poena*. C'est la procédure qui s'engage par un pari réciproque des parties sur le bien ou mal fondé de l'interdit, *sponsio et restipulatio*, pari dont l'enjeu peut aller jusqu'à la valeur du litige et est perdu à titre de peine par la partie vaincue au profit de la partie gagnante. On ne soumet pas seulement au juge les deux

Digitized by Google

actions nées de la *sponsio* et de la *restipulatio*, mais encore une troisième action arbitraire appelée *iudicium secutorium* et destinée à régler la satisfaction que le défendeur doit fournir au demandeur qui a triomphé dans sa *restipulatio*.

Cette procédure se complique encore davantage au cas d'interdits doubles. Dans ce cas en effet, il y a non seulement deux *sponsiones* et deux *restipulationes*, chacune des parties jouant à la fois le rôle de demandeur et de défendeur, mais encore la promesse de la partie à laquelle la possession intérimaire a été attribuée aux enchères, de payer une certaine somme à titre de peine, si elle perd le procès. Comme il y a en outre le *iudicium secutorium*, il en résulte que le juge a six sentences à prononcer.

Si l'une des parties refuse son concours à cette procédure, le préteur accorde à l'autre un *interdictum secundarium*, qui donne l'ordre direct à la partie rénitente de restituer la possession, si elle l'a, ou de ne pas troubler la possession de l'autre partie, si c'est cette dernière qui l'a.

Section II

Stipulations prétoriennes.

§ 89. — Notion.

On appelle prétoriennes les stipulations que le préteur force l'une des parties à contracter en faveur de l'autre, dans le but général de faire naître une créance qui sans cela n'existerait pas.

Quelques-unes d'entre elles ont pour but spécial d'assurer la marche d'un procès sur un droit déjà existant ; tels les *vadimonia* (§ 69); d'autres de créer un droit nouveau,

Digitized by Google

telles la *cautio damni infecti* et la *cautio usufructuaria*.

Les moyens de contrainte employés par le magistrat pour amener les parties à contracter ces stipulations sont *a*) vis-à-vis du demandeur, refus d'action, *b*) vis-à-vis du défendeur, déclaration d'*indefensio* et envoi en possession (§ 71).

Les stipulations prétoriennes consistent parfois dans le simple engagement d'une partie, *nuda repromissio*. Mais le plus souvent cet engagement est *cum satisdatione*, c'est-à-dire renforcé de garanties personnelles, de cautions.

Section III

Envois en possession.

§ 90. — **Notion.**

L'envoi en possession est la mise en possession par le préteur de certaines choses (*missio in singulas res*) ou de toute la fortune d'autrui (*missio in bona*).

Le préteur s'en sert tantôt pour forcer le défendeur à concourir à l'organisation de l'instance, tantôt pour l'amener à contracter une stipulation prétorienne.

Le *missus in possessionem* n'obtient que la détention des choses et un droit de gage. Mais le préteur le protège dans sa détention.

Digitized by Google

Section IV

Restitution en entier.

§ 91. — **Notion.**

La *restitutio in integrum* est l'acte par lequel le préteur replace dans son état antérieur celui qui a subi, en vertu des règles mêmes du droit, un dommage que le magistrat considère comme contraire à l'équité.

Le magistrat y arrive en traitant comme non avenu le fait duquel est résulté ce dommage.

Il le fait de deux façons, ou bien, ce qui est l'exception, en rétablissant lui-même l'état antérieur par un décret direct, ou bien, ce qui est la règle, en se bornant à décider le principe de la restitution et en renvoyant son application à la procédure ordinaire. Pour cela le préteur donne à la partie restituée une action avec la fiction que le fait en question n'a pas eu lieu.

Mais, quel que soit le mode employé par le préteur, il n'accorde la restitution qu'après avoir examiné les faits, que *causa cognita*.

§ 92. — **Conditions.**

La restitution en entier est soumise à quatre conditions:

1° Il faut d'abord un dommage qui résulte des règles mêmes du droit, et qui soit d'une certaine gravité.

2° Il faut ensuite une juste cause de restitution. Ces causes, énumérées dans l'édit sont :

a) la minorité. La restitution est accordée ici aux mineurs de 25 ans, contre leurs actes et ceux de leurs tuteurs ou curateurs qui leur ont causé un préjudice.

Digitized by Google

b) la contrainte et le dol. Ici la restitution fait double emploi avec l'*actio quod metus causa*, l'*exceptio metus*, l'*actio* et l'*exceptio doli* (§ 48).

c) l'erreur. Ici la restitution n'a lieu que du chef d'une erreur de procédure de la part du défendeur qui a accepté une formule avec une *condemnatio* exagérée (§ 78) ou sans une exception péremptoire.

d) la *capitis deminutio*.

e) l'absence justifiée du lésé ou l'absence quelconque de son adversaire, ou bien d'autres empêchements inévitables à l'exercice d'un droit (*clausula generalis*).

3° Il faut en outre une demande faite dans l'année utile.

4° Il faut enfin l'absence de tout autre moyen de droit pour réparer le préjudice subi, ou tout au moins l'infériorité de cet autre moyen. En d'autres termes, la restitution est un moyen subsidiaire, extraordinaire.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Durée des actions.

§ 93. — Prescription extinctive des actions.

Les actions civiles étaient perpétuelles, c'est-à-dire imprescriptibles.

Les actions honoraires par contre étaient généralement temporaires ; elles se prescrivaient ordinairement par une année utile *ratione initii* (§ 57).

Sous l'Empire cependant on admit certaines actions civiles temporaires ; ainsi, la *querela inofficiosi testamenti* ne pouvait être intentée que dans les cinq ans dès la mort du testateur.

Enfin en l'an 424 les empereurs Honorius et Théodose II introduisirent la prescription de 30 ans pour toutes les actions qui ne s'éteignaient pas déjà par un délai plus court.

Cette prescription exige :

1° la naissance de l'action, l'*actio nata*, c'est-à-dire en matière d'actions personnelles, une dette née et échue, et en matière d'actions réelles, un trouble, un conflit avec mon droit.

2° l'écoulement du délai légal sans interruption.

La prescription est interrompue :

Digitized by Google

a) par la reconnaissance de mon droit de la part du défendeur ;

b) par l'exercice de l'action, dès la L. C.

De l'interruption de la prescription il faut distinguer sa suspension, qui intervient par exemple pendant l'impuberté du demandeur.

L'effet de la prescription est différent suivant le genre d'action. En matière d'actions personnelles, la prescription éteint non seulement l'action, mais aussi le droit ; en matière d'actions réelles par contre, c'est l'action seule qui est éteinte vis-à-vis d'un certain possesseur et de ses ayant-droits, tandis que le droit subsiste et pourra se faire valoir dès que la chose vient en possession d'un tiers.

Remarque. De la prescription des actions il convient de distinguer la péremption d'instance (§ 65 in f.).

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE V

—

Le droit des personnes.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

Introduction.

§ 94. — Les sujets du droit ; la capacité civile.

Au sens juridique, personne désigne tout être capable de devenir sujet de droit, capable de posséder un droit. Cette capacité, qu'on appelle civile, est l'attribut essentiel et distinctif de la personne au sens juridique. Le droit des personnes établit précisément la qualité de personne, de sujet de droit, en fixant les règles sur la capacité civile. Il fait dépendre cette capacité de l'état des personnes, c'est-à-dire de leur position dans la famille et la société. Il l'accorde parfois non seulement à l'être humain physiquement existant, mais aussi à des êtres collectifs de pure raison qui n'ont pas une personnalité physique. Les modernes distinguent ici entre *personnes physiques* et *personnes juridiques* ou *morales*.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Les personnes physiques.

§ 95. — Influence de l'état de l'homme sur sa capacité.

L'homme ne jouissait à Rome de la pleine capacité civile que s'il réunissait, quant à son état, trois conditions. Il devait être 1° libre ; 2° citoyen romain ; 3° père de famille. L'état d'une personne comprend donc trois éléments : le *status libertatis*, le *status civitatis* et le *status familiae*. Avant de les étudier, il est à remarquer que la personnalité juridique de la personne physique commence dans la règle à sa naissance, mais qu'elle est reportée exceptionnellement à l'époque de sa conception chaque fois que l'intérêt du futur enfant l'exige.

SECTION I

Status libertatis.

§ 96. — L'esclavage.

1° *Condition de l'esclave.* L'esclavage est la négation de la personnalité. L'esclave n'est pas une personne, mais une chose. Il ne peut en aucune façon être sujet de droit. Il n'a ni famille ni patrimoine. Tout ce qu'il acquiert est

Digitized by Google

acquis à son maître. Mais par là l'esclave peut agir pour son maître, le représenter dans certains actes juridiques, puisqu'il peut le rendre propriétaire ou créancier. En outre, si l'esclave ne peut rien avoir en droit, il peut au moins recevoir en fait du maître, l'administration et la jouissance de certains biens dont l'ensemble constitue son *pécule*. Le pécule n'est qu'une fortune de fait, car de droit il appartient au maître. Il a cependant reçu une certaine valeur juridique par la création de l'action prétorienne *de peculio* (v. obl.).

Le pouvoir du maître sur l'esclave se divise en *dominium*, propriété, et *potestas*, puissance domestique. Ce pouvoir, absolu à l'origine, fut restreint sous l'empire surtout par Antonin le Pieux. Ce prince punit, à l'égal du meurtre de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire de la mort ou de la déportation, le meurtre injustifié d'un esclave par son maître. Il introduisit aussi contre les maîtres trop cruels l'expropriation par vente forcée.

2° *Sources de l'esclavage :*

a) naissance d'une mère esclave, le père fût-il libre. Cependant l'enfant naît libre si la mère, esclave lors de l'accouchement, a été libre à un moment quelconque de sa grossesse.

b) La captivité de guerre. C'est une cause *iuris gentium* que les Romains admettent aussi contre eux-mêmes. Cependant, lorsque le captif romain rentre à Rome, il recouvre tous ses droits comme s'il n'avait jamais été fait prisonnier (*ius postliminii*). En outre, s'il meurt en captivité, il est censé être mort au moment où il a été pris, c'est-à-dire comme citoyen romain (*fictio legis Corneliae*).

c) La condamnation à mort ou aux travaux forcés (*servi poenae*).

d) Vente en esclavage des déserteurs ou réfractaires, et des débiteurs insolvables. (§ 15).

Digitized by Google

§ 97. — *Cessation de l'esclavage ;* **les affranchis.**

L'esclavage prend fin soit en vertu du *ius postliminii*, soit par l'affranchissement, *manumissio*.

1° *Modes d'affranchissement du ius civile.*

a) *manumissio vindicta*. C'est l'affranchissement par procès imaginaire, *in iure cessio*, sous forme de *vindicatio in libertatem* intentée par un tiers, *adsertor*, devant le magistrat. Le nom de l'opération vient de la baguette, *vindicta*, avec laquelle l'*adsertor* touche l'esclave en affirmant sa liberté.

b) *manumissio censu* par l'inscription de l'esclave en qualité de citoyen sur les registres du cens avec le consentement du maître.

c) *manumissio testamento* par disposition testamentaire. L'affranchi ayant ici pour patron le testateur défunt, qui séjourne dans l'*Orcus*, s'appelait *libertus orcinus*. L'affranchissement par testament pouvait se faire sous condition. Jusqu'à la réalisation de la condition, laquelle a effet rétroactif, l'esclave s'appelle *statu liber*.

2° *Modes d'affranchissement du droit prétorien et de la lex Junia.*

Le préteur protégeait dans leur liberté de fait les esclaves que leurs maîtres avaient affranchis en dehors des modes civils, par simple déclaration écrite (*per epistolam*) ou orale devant témoins (*inter amicos*). La loi *Junia* accorda force légale à de tels affranchissements, mais avec les restrictions suivantes : elle reconnaît la liberté des esclaves affranchis par simple déclaration, mais les assimile aux Latins des colonies, d'où leur nom de *Latini Juniani*. En outre ils meurent esclaves ; à leur mort leur patrimoine revient à leur patron *iure peculii*, c'est-à-dire comme s'il n'avait jamais cessé d'être un pécule appartenant au maître.

3° *Restrictions à la liberté d'affranchir.*

Digitized by Google

a) La loi *Aelia Sentia* de l'an 4 après J.-C. contient plusieurs mesures restrictives. D'abord elle refuse le droit de cité aux esclaves criminels qui avaient été affranchis; elle en fait des *peregrini dediticti*, c'est-à-dire des étrangers sans patrie qui ne peuvent séjourner à Rome. Ensuite elle exige pour la validité de l'affranchissement que le maître soit âgé de 20 ans et l'esclave de 30 ans au moins. Au-dessous de cet âge l'affranchissement n'est valable que s'il a été fait pour un juste motif approuvé par le préteur assisté d'un conseil spécial. Sinon il est nul s'il s'agit d'un maître mineur de 20 ans, et il n'accorde à l'affranchi que la qualité de Latin et non de citoyen s'il s'agit d'un esclave mineur de 30 ans affranchi par un maître majeur de 20 ans. Enfin la loi *Aelia Sentia* annule l'affranchissement fait en fraude des droits des créanciers du maître.

b) La loi *Fufia Caninia* sous Auguste restreint les affranchissements testamentaires en les limitant à un maximum qui varie proportionnellement au nombre des esclaves du testateur et qui ne peut en aucun cas dépasser cent.

4° *Condition de l'affranchi citoyen.*

Bien que devenant citoyen romain, l'esclave valablement affranchi par l'un des modes du *ius civile*, est dans une situation inférieure à celle des citoyens nés libres, *ingenui*.

a) En droit privé, le *libertus* jouit du *commercium* complet, il a tous les droits patrimoniaux. Mais il n'a pas le *conubium* avec tous les *ingenui*. En outre il est soumis au patronat de son ancien maître ou de ses descendants. Le patron a droit à l'*obsequium* de l'affranchi, devoir de soumission et de respect qui, entre autres conséquences, empêche l'affranchi de citer en justice son patron sans l'autorisation du magistrat. Le patron a aussi droit aux *operae* que l'affranchi lui a promises lors de l'affranchissement. Le patron a enfin vis-à-vis de l'affranchi mort sans descendants, un droit de succession *ab intestat*. Il a

Digitized by Google

aussi un droit de tutelle. Quant aux enfants de l'affranchi, ils sont *ingenui* et ne sont soumis à aucun patronat.

b) En droit public, l'affranchi n'a ni le *ius honorum*, ni depuis Auguste, le *ius suffragii*, qu'il avait auparavant dans les tribus urbaines.

5° *Droit de Justinien*. Justinien abolit les restrictions aux affranchissements sauf les dispositions de la loi *Aelia Sentia* sur les droits des créanciers fraudés et sur l'âge de 20 ans requis pour le maître. A son époque les modes d'affranchissement sont : le testament, la déclaration devant le magistrat ou à l'église, la *manumissio inter amicos* ou *per epistulam*, à condition qu'elle soit faite avec le concours de 5 témoins. Tous ces modes donnent maintenant le droit de cité avec tous les droits politiques : il n'y a plus d'affranchis Latins ou pérégrins.

Section II

Status civitatis.

§ 98. — **Citoyens et pérégrins.**

La distinction des citoyens et des pérégrins est très importante pour la capacité civile. Seul le citoyen romain peut avoir la pleine capacité civile du droit romain. L'étranger en est à l'origine totalement dépourvu, sauf traité spécial (§ 18). Plus tard, à mesure que les Romains conquéraient des provinces nouvelles, ils laissaient aux provinciaux l'usage de leurs droits nationaux pour leurs rapports chez eux et entre eux. Mais ils excluaient ces nouveaux sujets de Rome, appelés aussi pérégrins, de toute participation au *ius civile*, qui est un *ius proprium civium Romanorum*. Pour leurs rapports avec les Romains, de

Digitized by Google

même que pour leurs rapports avec des provinciaux d'autre nationalité, les pérégrins étaient régis par le *ius gentium*. Ainsi, le pérégrin n'a relativement au droit romain que la capacité du *ius gentium*, tandis que le citoyen romain a aussi celle du *ius civile*.

La distinction entre citoyens et pérégrins perdit peu à peu de son importance par suite de l'octroi toujours plus large du droit de cité ; elle disparut presque complètement lorsqu'en 212 Caracalla accorda le droit de cité à tous les provinciaux (§ 19).

§ 99. — **Les Latins.**

Les Latins, bien que n'étant pas citoyens romains, jouissent d'une capacité civile plus ou moins étendue suivant qu'ils sont *Latini veteres* ou *Latini coloniarii*. Ce sont des non-citoyens privilégiés.

Les *Latini veteres* sont les habitants du *Latium* autrefois alliés à Rome dans la ligue latine. Ils ont le *commercium* (— faculté de participer aux droits patrimoniaux romains), et le *conubium* (— faculté de participer aux droits familiaux romains), tandis que les *Latini coloniarii* n'ont que le *commercium*. Les Latins des colonies, auxquels sont assimilés leur vie durant les Latins Juniens, sont les membres des colonies latines ou romaines établies avec le *ius Latii* et organisées à la romaine.

Les *Latini veteres* disparurent en 90 avant J.-C. lorsque le droit de cité fut accordé à toute l'Italie. Les Latins des colonies, qui ont subsisté jusqu'à la naturalisation de tous les ressortissants libres de l'Empire par Caracalla, parvenaient au droit de cité romaine soit en occupant des magistratures dans leur cité, soit simplement en y faisant partie du Sénat municipal, suivant que la colonie avait le *minus* ou le *majus Latium*. Ils pouvaient y parvenir aussi,

Digitized by Google

de même que les Latins Juniens, en rendant certains services à l'Etat.

Section III

Status familiae.

§ 100. — Le *pater familias.*

Tout citoyen romain appartient à une famille qui détermine sa personnalité. Suivant la position qu'il occupe dans la famille, il est *pater familias* ou *filius familias. Pater familias* est le citoyen *sui iuris*, c'est-à-dire libre de toute puissance domestique, fût-il impubère ou célibataire. *Filius familias* est le citoyen *alieni iuris*, c'est-à-dire soumis à la puissance domestique d'un *pater familias*, eût-il lui-même femme et enfants, et fût-il même d'un âge avancé.

Cette distinction, indifférente en droit public, est très importante en droit privé au point de vue de la capacité civile. Le droit romain ne reconnaît la pleine capacité civile qu'au citoyen *sui iuris*. La famille romaine étant basée sur le pouvoir absolu du chef de famille, seul ce dernier peut avoir un patrimoine. Les membres de la famille soumis à sa puissance, les *filii familias*, ne peuvent rien avoir en propre ; tout ce qu'ils acquièrent est acquis à leur *pater familias* (§ 15). Celui-ci peut cependant leur abandonner en fait, comme à ses esclaves, la jouissance d'un *pécule*, qui reste sa propriété. En outre, les actes juridiques de l'*alieni iuris*, qui enrichissent son *pater familias* lorsqu'il en résulte une acquisition, ne sauraient, sans porter atteinte à la puissance paternelle, lier le *pater familias* lorsqu'ils entraînent une obligation. Ils n'en sont pas moins valables, le *filius familias* étant un citoyen ca-

Digitized by Google

pable d'agir. C'est alors le fils lui-même qui devient débiteur et reste obligé. — Cette contradiction entre l'incapacité du fils de famille d'avoir rien en propre et sa capacité de s'obliger, fut partiellement écartée au début de l'Empire par le S. C. Macédonien qui interdit les prêts d'argent faits aux fils de famille. Nous verrons aussi dans le droit de famille comment son incapacité d'avoir rien en propre fut atténuée sous l'Empire par les règles sur le *peculium castrense*, le *peculium quasi castrense* et les *bona adventicia*.

Section IV

Changement d'état.

§ 101. — Capitis deminutio.

La personnalité du citoyen, le *caput civis*, étant déterminée par les trois éléments de son état, la liberté, la cité et la famille, son individualité juridique disparaît chaque fois que l'un de ces éléments disparaît, c'est-à-dire chaque fois qu'il y a un changement d'état. Cet anéantissement de la personnalité par changement d'état, cette mort civile, est appelée *capitis deminutio*, c'est-à-dire destruction de la personnalité civile.

La *capitis deminutio* revêt trois formes différentes suivant le nombre des éléments atteints :

1° La *capitis deminutio maxima* résulte de la perte de la liberté, et avec elle de la cité et de la famille.

2° La *capitis deminutio media* résulte de la perte du droit de cité et avec elle de la famille, soit par suite de l'acquisition d'un nouveau droit de cité, par exemple dans une colonie, soit par suite de la condamnation à l'*aquae*

Digitized by Google

et ignis interdictio, remplacée sous l'Empire par la déportation.

3° La *capitis deminutio minima* par la rupture des liens de famille. La famille romaine était basée sur la parenté agnatique ; celle-ci supposait que les agnats étaient soumis à la même puissance paternelle ou lui auraient été soumis si la mort n'avait enlevé le *pater familias* commun. L'agnation est donc brisée chaque fois que le lien commun actuel ou virtuel de puissance paternelle est rompu. Cela arrive *a*) lorsqu'une femme entre en se mariant sous la puissance de son mari (*conventio in manum*); *b*) lorsqu'un *sui iuris* se fait adopter et entre ainsi sous la puissance de l'adoptant (adrogation); *c*) lorsqu'un fils de famille est émancipé et devient ainsi *sui iuris ; d*) lorsqu'il est donné en adoption ou vendu par son père *in mancipio* à un citoyen romain, et change ainsi de puissance et par conséquent de famille.

La *capitis deminutio* étant considérée comme une mort civile, elle a, entre autres conséquences, celle d'éteindre les dettes contractuelles du *capite minutus*. Cette conséquence fut écartée par le préteur avant tout pour le cas où elle était le plus choquante, celui d'une *capitis deminutio minima*. Le magistrat restituait aux anciens créanciers du *capite minutus* leurs actions éteintes *iure civile* en y insérant la fiction *si capite minutus non esset*. Cette *in integrum restitutio* explique comment la *capitis deminutio minima* a pu se maintenir jusqu'à l'époque de Justinien.

Digitized by Google

Section V

De quelques modifications spéciales de la capacité.

§ 102. — **Privilèges des soldats.**

Les soldats jouissent sous l'Empire de nombreux privilèges de droit public et de droit privé. En droit privé ils sont affranchis de la fiction que nul n'est censé ignorer le droit. Il en résulte que leurs erreurs de droit sont excusables. En outre, leurs testaments sont absolument libres quant à la forme et au contenu. Enfin, s'ils sont fils de famille, ils sont presque entièrement soustraits à la puissance paternelle et peuvent avoir la libre disposition d'un patrimoine indépendant, le *peculium castrense*. Constantin étendit ce dernier privilège aux fonctionnaires civils, dont le patrimoine indépendant s'appelle *peculium quasi castrense*.

§ 103. — **L'honneur civil et l'infamie.**

L'honneur d'un citoyen est l'estime, *existimatio*, que lui témoignent ses concitoyens ; il dépend des mœurs et de la morale. Son honneur civil est la dignité à lui reconnue par l'Etat, de participer à tous les actes juridiques de la vie publique ou privée. Cet honneur intéresse donc la capacité juridique et relève du droit. C'est le seul dont nous ayons à nous occuper.

A Rome, les censeurs furent précisément institués pour juger de l'honneur civil des citoyens. Ils excluaient de la vie publique les citoyens qu'ils en trouvaient indignes. Le préteur aussi frappait de certaines incapacités les personnes disqualifiées pour les causes énumérées dans son édit:

Digitized by Google

renvoi déshonorant de l'armée, condamnation criminelle, certaines condamnations civiles, faillite, adultère, bigamie, mauvaises mœurs, profession déshonorante, etc. Il n'admettait ces personnes ni à plaider pour autrui devant lui (*postulare pro alio*), ni à agir devant lui par représentant ou comme représentant judiciaire. Cette déchéance est appelée infamie.

Section VI

De l'exercice des droits.

§ 104. — Restrictions à la capacité d'agir.

Le citoyen romain *sui iuris* a la pleine capacité civile, c'est-à-dire la faculté d'être sujet de tous les droits civils, de jouir de tous ces droits. Mais il peut, à raison de son inaptitude, être privé de la capacité d'agir, c'est-à-dire de la faculté d'exercer les droits dont il a la jouissance, de la capacité de procéder valablement aux actes juridiques qui peuvent les modifier. La capacité d'agir ne concerne donc que l'exercice des droits, et la capacité civile leur jouissance.

Les causes d'incapacité d'agir sont l'âge, le sexe et la maladie.

1° *Age*. Deux phases principales influent sur la capacité d'agir : l'impuberté et la minorité.

a) L'*impuberté* dure en droit de Justinien jusqu'à 14 ans pour les garçons et jusqu'à 12 ans pour les filles. Avant Justinien il y avait désaccord sur la fixation du terme de la puberté pour les garçons.

Les *impuberes* ou *pupilli* sont sous tutelle. Ils sont incapables de se marier et de tester. Pour les autres actes il

Digitized by Google

faut distinguer entre les *infantes* au-dessous de 7 ans et les *infantia maiores* au-dessus de 7 ans. Les *infantes* (*qui fari non possunt*) sont absolument incapables d'agir, le tuteur agit pour eux. Les *infantia maiores* ne peuvent procéder valablement aux actes qui rendent leur condition pire (aliénation, dette) qu'avec l'assistance du tuteur, *auctoritas tutoris*. Mais ils peuvent procéder valablement tout seuls aux actes qui rendent leur condition meilleure (acquisition d'un droit réel ou d'une créance). En outre, s'ils sont *pubertati proximi* et *doli capaces*, ils s'obligent par leurs délits.

b) La *minorité* va de la puberté jusqu'à l'âge de 25 ans. Elle était inconnue de l'ancien droit, où tous les pubères du sexe masculin étaient capables d'agir. La loi *Plaetoria*, vers 200 avant J.-C., donna la première une portée juridique à la minorité, en punissant l'exploitation frauduleuse de l'inexpérience d'un mineur de 25 ans. Le préteur alla plus loin en accordant au mineur, même s'il n'est pas la victime de manœuvres frauduleuses, la *restitutio in integrum* contre les actes qui lui ont porté préjudice. Ces différentes mesures n'atteignent pas la capacité d'agir du mineur. Bien au contraire, elles la supposaient. Seulement, pour rassurer les tiers exposés aux peines de la loi *Plaetoria* ou à la *restitutio in integrum*, les mineurs obtinrent du préteur la faculté de demander un curateur qui donnât son approbation (*consensus*) à leurs actes. Cette curatelle, d'abord spéciale aux cas pour lesquels elle avait été demandée, put être obtenue sous l'Empire d'une façon générale et permanente pour tous les actes du mineur. Elle restait cependant volontaire, c'est-à-dire n'était donnée que sur demande. Mais presque tous les mineurs la sollicitaient, car le concours d'un curateur était désormais obligatoire pour les actes suivants : procès, acceptation d'un compte de tutelle ou d'un paiement. Dès

Digitized by Google

lors, le mineur sous curatelle, de même que l'*infantia maior*, ne peut plus procéder valablement aux actes qui rendent sa condition pire qu'avec le *consensus* de son curateur. Quant au mineur sans curateur, il dispose librement de sa fortune, mais il peut toujours recourir à la *restitutio in integrum*.

2° *Sexe*. Sous la République, les femmes *sui iuris* étaient toute leur vie sous tutelle et ne pouvaient procéder valablement à certains actes juridiques qu'avec l'*auctoritas* de leur tuteur. Sous l'Empire, le tuteur ne pouvant plus leur refuser son *auctoritas*, la tutelle des femmes devint une simple formalité et finit par disparaître après Dioclétien.

3° *Maladie*.

a) *Folie*. Le fou, *furiosus* ou *demens*, est absolument incapable d'agir tant qu'il est en état de folie. Il est pourvu d'un curateur, déjà en vertu de la loi des XII Tables. Mais il redevient capable dès que la folie cesse, ne fût-ce que passagèrement dans des intervalles lucides.

b) *Prodigalité*. Le prodigue est frappé d'interdiction par le préteur et tombe alors sous curatelle. L'incapacité d'agir de l'interdit se maintient permanente tant que dure l'interdiction. Elle le met dans une situation analogue à celle de l'*infantia maior* et du mineur sous curatelle, l'empêchant seulement de procéder seul aux actes qui rendent sa condition pire.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Les personnes juridiques.

§ 105. — Notion et espèces.

Les Romains ont reconnu à certaines collectivités la faculté d'avoir, aussi bien que les hommes pris individuellement, des droits patrimoniaux indépendants de ceux de leurs membres. Pour eux, ces collectivités forment des unités distinctes de la personnalité de leurs membres ; ils leur reconnaissent une existence propre et leur attribuent le rôle d'une personne : *personae vice funguntur*, disent-ils. Le patrimoine d'une telle collectivité est sa propriété exclusive à elle prise comme ensemble, et non la propriété commune de ses membres pris individuellement ; de même ses créances et ses dettes ont pour sujet la collectivité elle-même et non ses membres. C'est précisément cette faculté pour une collectivité d'avoir des droits patrimoniaux propres, distincts de ceux de ses membres, qui constitue le trait essentiel et spécifique de ce que les modernes appellent une personne juridique ou morale et les Romains *corpora*, *collegia*, *universitates*.

Les collectivités auxquelles le droit romain a reconnu la personnalité juridique sont :

1° L'Etat, *res publica* ou *populus Romanus*. Les Romains ont admis de tout temps pour l'Etat la faculté d'avoir

Digitized by Google

des droits de propriété, d'être créancier ou débiteur. Cette faculté se manifestait et se personnifiait dans l'*aerarium populi Romani*, qui représentait précisément l'Etat en sa qualité de propriétaire, de créancier ou de débiteur. Mais les droits patrimoniaux de l'Etat n'étaient pas à l'origine soumis aux règles du droit commun applicables aux particuliers. Les rapports juridiques de l'*aerarium* étaient régis par des règles spéciales et relevaient non pas des tribunaux civils ordinaires, mais de la juridiction administrative des magistrats. Le *fiscus Caesaris* au contraire, qui sous l'Empire supplanta l'*aerarium*, était soumis au droit commun et aux tribunaux ordinaires. Il jouissait cependant de nombreux privilèges.

2° Les communes de toute sorte : *civitates*, *municipia*, *coloniae*. Elles étaient organisées sur le modèle de la Rome municipale de la République. Elles étaient soumises au droit privé commun. Celles d'Italie et de Grèce avaient été avant la conquête romaine, des Etats indépendants.

3° Différentes corporations organisées aussi à l'exemple des communes et appelées *corpora* ou *collegia* : des collèges de prêtres, des décuries d'employés, des corps de métiers, des collèges funéraires (*collegia funeraticia tenuiorum*), des sociétés de publicains. Ces *societates publicanorum* étaient très puissantes à la fin de la République ; elles prenaient à ferme la perception des impôts, l'exploitation des domaines de l'Etat, la confection des travaux publics, etc. Elles émettaient des actions, *partes*, sur lesquelles on spéculait avec ardeur au *forum*.

La formation de ces différentes corporations avait été libre sous la République. Il suffisait alors pour qu'une corporation prît naissance qu'elle se constituât avec une organisation corporative. Mais une loi Julia de César ou d'Auguste subordonna la création des corporations à une autorisation préalable. Cette autorisation était accordée par

Digitized by Google

avance et d'une manière générale aux *collegia funeraticia tenuiorum ;* c'est sous cette forme que se constituèrent les premières communautés chrétiennes (Catacombes).

Les corporations acquéraient la personnalité juridique par le seul fait qu'elles étaient autorisées.

La corporation se dissout soit par décision volontaire de ses membres, soit par décision de l'Etat, soit par la disparition de tous ses membres. Mais elle survit à la disparition ou au changement de quelques-uns de ses membres.

Remarque. Sous l'Empire chrétien le droit romain admit une nouvelle catégorie de personnes juridiques qui existent en dehors de toute organisation corporative : ce sont les fondations ; on appelle ainsi des capitaux affectés à des buts permanents et que l'on considère généralement comme étant eux-mêmes constitués en personnes morales. Sous l'Empire byzantin on ne reconnaissait encore que les fondations avec un but religieux ou charitable : *piae causae*

La vraie différence entre la fondation et la corporation est que la fondation n'a pas d'organisation corporative, ce qui empêche de déterminer quels sont ses membres à un moment donné.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE VI

—

Les droits réels.

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 106. — Notions générales.

Les droits réels, par opposition aux droits personnels ou d'obligation, sont ceux qui confèrent un pouvoir sur une chose. Ils établissent un rapport direct entre une personne et une chose, *res*, d'où leur nom de droits réels.

Leur objet juridique est le pouvoir conféré sur la chose; celle-ci n'en est que l'objet matériel, bien qu'on ait l'habitude de l'envisager comme l'objet unique du droit réel.

Le système romain de l'acquisition dérivative des droits réels repose sur l'idée qu'on ne peut donner que ce que l'on a (§ 42). Ce principe est appliqué jusque dans ses dernières conséquences sans aucune concession à l'intérêt social des tiers de bonne foi. Le titulaire du droit leur est toujours préféré. Sur ce point les législations modernes ont rompu avec la tradition romaine et ont abandonné en ce qui concerne les meubles le principe qui subordonne le droit de l'acquéreur à celui de l'aliénateur. Pour les immeubles par contre, elles ont renforcé ce principe au moyen de la publicité des droits réels immobiliers.

Mais cette distinction entre meubles et immeubles était négligée en droit romain, où le régime des deux catégories de biens était presque en tout identique. Cela tient à la présence de l'esclavage. Les esclaves, bien qu'objets mobiliers, étaient équivalents aux immeubles par leur valeur commerciale et par leur aptitude à être déterminés et distingués individuellement.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE PREMIER

Les choses.

§ 107. — Introduction.

Le mot *res* désigne en premier lieu tout objet corporel ayant une existence et une individualité distinctes. Ainsi ne sont pas des *res* et ne peuvent pas faire l'objet d'un droit distinct, les parties d'une chose : fruits sur l'arbre, récolte sur pied, etc.

Mais le mot *res* désigne aussi les éléments incorporels du patrimoine. De là la distinction des choses en *corporales* et *incorporales*.

Les choses corporelles sont celles qui ont une existence corporelle, qui tombent sous les sens : *quae tangi possunt*.

Les choses incorporelles sont celles qui sont dépourvues de ces qualités et qui consistent en un droit : obligations, servitudes, etc.

Cette distinction est très superficielle, car au fond tous les éléments du patrimoine sont des droits, les choses corporelles ne rentrant dans notre patrimoine que parce que nous en avons la propriété. Si les Romains ont pu confondre le droit de propriété avec son objet matériel, c'est que la propriété est le seul droit qui absorbe toute la chose.

Digitized by Google

La division juridique la plus importante des choses est celle des *res in patrimonio* ou *in commercio* et des *res extra patrimonium* ou *extra commercium*. Seules les *res in commercio* peuvent être l'objet de droits privés et rentrer ainsi dans le patrimoine d'un particulier. Les *res extra commercium* n'en sont pas susceptibles. Elles sont soustraites à la propriété privée et aux autres droits privés.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

Res extra commercium.

§ 108. — Res divini iuris.

Trois catégories : les *res sacrae* et les *res religiosae*, qui appartiennent aux dieux, les *res sanctae*, qui, sans appartenir aux dieux, sont sous leur protection spéciale et ne peuvent appartenir à aucun particulier.

1° Les *res sacrae* sont les choses affectées au culte des dieux supérieurs. Elles prennent la qualité de *sacrae* seulement si leur propriétaire a fait consacrer leur affectation au culte par l'autorité civile et religieuse.

2° Les *res religiosae* sont les lieux de sépulture. Elles sont consacrées aux dieux mânes. Un emplacement ne prend la qualité de *res religiosa* que si l'enterrement y a été fait par le propriétaire ou de son consentement, et cela par l'héritier du défunt.

Remarque. Le sol provincial appartenant au peuple romain et non aux particuliers, ne peut pas être rendu *sacer* ou *religiosus*.

3° Les *res sanctae* sont les portes et les murs des villes. Leur violation entraîne la peine de mort.

§ 109. — Res omnium communes.

Ce sont les choses que leur nature même soustrait à toute appropriation privée : l'air, l'eau courante, la mer

Digitized by Google

et son rivage. Elles sont à l'usage commun de tous sous la réglementation de l'Etat, et les Romains les envisageaient comme appartenant à tous, bien qu'au fond elles n'appartiennent à personne et soient par conséquent des choses sans maître, *res nullius*.

§ 110. — Res publicae.

Ce sont les choses appartenant à une cité, soit au peuple romain, soit à une commune.

Elles comprennent donc aussi bien le domaine privé que le domaine public de la cité. Mais, seules les choses du domaine public, *res publicae in publico usu*, sont soustraites à la propriété privée. Les choses du domaine privé, *res in pecunia populi*, sont la propriété ordinaire de la cité et peuvent être acquises par les particuliers.

Le domaine public est aussi la propriété de la cité ; seulement, il est affecté à l'usage public, ainsi les voies publiques, les théâtres et gymnases publics, etc. Aussi longtemps que dure cette affectation à l'usage public, la propriété de la cité n'apparaît en aucune façon ; mais dès que cette affectation cesse par suite d'une décision de l'autorité compétente, la propriété de la cité se manifeste librement et les choses publiques désaffectées rentrent dans son domaine privé, de même qu'elles en sont sorties lors de leur affectation à l'usage public.

Sous ce rapport cependant les fleuves publics ont une situation toute spéciale. Les juristes romains considèrent bien le lit d'un fleuve public comme étant la propriété de l'Etat. Seulement, il n'a jamais été dans son domaine privé puisque la nature même le soustrait à toute appropriation privée, de même que l'eau qui y coule. Aussi, lorsqu'un fleuve public vient à changer son cours, le lit abandonné ne rentre pas dans le domaine privé de l'Etat dont il n'a

Digitized by Google

jamais fait partie. Il devient *res nullius* et est attribué aux propriétaires riverains considérés comme premiers occupants. Au fond, la propriété de l'Etat sur les fleuves publics n'est qu'une apparence ; il serait plus juste de considérer leur lit comme *res nullius*.

Quels sont les fleuves publics ? Ce sont tous les cours d'eau permanents, quelle que soit leur importance. En langage ordinaire, on distingue bien entre *flumina* et *rivi* d'après la dimension du cours d'eau. Mais en droit, tout cours d'eau est un *flumen* et appartient au domaine public s'il est permanent. S'il est intermittent, *torrens*, c'est un *flumen privatum*, propriété privée des riverains.

L'usage public des *res communes* aussi bien que des *res publicae in publico usu* était garanti et réglementé à Rome par des interdits que le préteur accordait contre quiconque en entravait le libre usage. Tels les interdits contre toute entrave apportée à la libre circulation.

Remarque. Le sol provincial tient une place intermédiaire entre le domaine privé et le domaine public de l'Etat. Il est la propriété du peuple romain et ne peut pas devenir la propriété des particuliers, mais il n'est pas affecté à l'usage public. Il est exploité par les particuliers qui n'en ont que la possession et l'usufruit, mais qui en fait ont la position de véritables propriétaires, pouvant aliéner et transmettre leurs terres. Si la propriété du sol provincial était cependant attribuée en théorie à l'Etat, c'était pour lui permettre de percevoir un impôt foncier et d'exproprier les fonds provinciaux, charges auxquelles n'étaient pas soumis les fonds italiques.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Res in commercio.

§ 111. — Res mancipi et res nec mancipi.

Cette distinction, purement romaine, se rattache à la mancipation et a disparu avec cette dernière en droit de Justinien.

Les choses sont *mancipi* ou *nec mancipi* suivant qu'elles peuvent ou ne peuvent pas faire l'objet d'une mancipation, appelée aussi *mancipium*. L'aliénation des *res mancipi* se fait normalement par la mancipation, qui est leur mode propre de transfert et ne peut porter que sur elles. L'aliénation des *res nec mancipi* se fait par la tradition, qui est aussi leur mode propre de transfert et ne peut porter que sur elles. Sur ce dernier point cependant le préteur a fait une réforme importante en accordant à l'aliénation des *res mancipi* par simple tradition des effets équivalents pratiquement à ceux de la mancipation (propriété bonitaire). Il est à remarquer en outre que le transfert par cession en justice était applicable indifféremment aux *res mancipi* et aux *res nec mancipi*, puisqu'elles pouvaient faire toutes les deux l'objet d'une revendication.

Sont *res mancipi* les éléments essentiels de la fortune du paysan romain : les fonds de terre, à condition qu'ils soient italiques, les servitudes de passage et d'eau qui les concer-

Digitized by Google

nent (*iter*, *via*, *actus*, *aquaeductus*), les esclaves et les bêtes de somme ou de trait. Toutes les autres choses corporelles ou incorporelles sont *res nec mancipi*.

Il est possible (hypothèse de Jhering) qu'à l'origine seules les *res mancipi* étaient susceptibles de propriété quiritaire et de revendication, et qu'elles rentraient dans la *familia*, par opposition à la *pecunia*, laquelle n'aurait compris que les *res nec mancipi*. Mais cette distinction fut en tout cas déjà effacée dans la période du *ius civile* pur.

§ 112. — Meubles et immeubles.

Cette distinction, très importante en droit moderne, n'avait qu'une portée secondaire en droit romain. Elle y était prise en considération par exemple pour la fixation des délais de l'usucapion et pour la notion du *furtum*, possible seulement sur des meubles.

1° Les immeubles, *res soli*, étaient à Rome le sol et tout ce qui y adhère solidement, constructions, arbres, etc. Les fonds de terre comprenaient :

a) les *praedia rustica*, fonds non bâtis destinés à l'agriculture ;

b) les *praedia urbana*, fonds bâtis avec leurs dépendances, qu'ils soient situés en ville ou à la campagne. La maison de ville s'appelle *aedes* ou *domus*, la maison de campagne *villa*. En ville, on appelle spécialement *insula* une grande maison isolée destinée à la location.

c) les *praedia suburbana*, fonds agricoles, situés près d'une ville.

Un fonds de terre devient une chose indépendante et distincte par sa délimitation. Sous ce rapport on distingue à Rome entre les *agri limitati*, avec des limites géométriques et officielles établies par les *agrimensores*, et les *agri*

Digitized by Google

arcifinii, avec des limites naturelles et privées, non officielles.

2° Les meubles, *res mobiles*, sont les objets qui peuvent se déplacer. Les objets animés, animaux et esclaves, forment une classe à part, les *res se moventes*.

L'individualité d'un meuble est déterminée par la cohésion de ses parties. Un tout cohérent forme un seul meuble et des objets réunis sans cohésion forment plusieurs meubles. Les Romains ont cependant admis comme un seul tout formant une unité et pouvant faire l'objet d'une revendication, certaines réunions de meubles sans cohésion, ainsi un troupeau, un essaim d'abeilles. C'est ce qu'ils appellent un *corpus ex distantibus* par opposition aux *corpora ex cohaerentibus*, choses composées (maison, vaisseau) et aux *corpora unita*, choses simples. Ces deux dernières catégories peuvent naturellement être des immeubles aussi bien que des meubles.

§ 113. — Fongibles et non fongibles.

Sont fongibles les *res quae pondere, mensura, numero constant*, c'est-à-dire les choses pour lesquelles, étant donné la qualité voulue, le commerce ne prend plus en considération que la quantité, sans s'occuper de l'individualité de chaque objet. Elles s'appellent fongibles parce qu'elles peuvent fonctionner les unes pour les autres dès qu'elles ont la qualité voulue, c'est-à-dire dès qu'elles rentrent dans le genre voulu ; ce qui importe donc, c'est seulement leur genre et leur quantité. C'est pourquoi on les appelle aussi choses de genre ou choses de quantité. Les principales sont le blé, le vin, la monnaie, etc.

Sont non fongibles les choses pour lesquelles les qualités individuelles jouent le rôle principal et pour lesquelles

Digitized by Google

le commerce considère avant tout l'individualité, *species*, de l'objet. Par exemple un tableau, une maison, un cheval, etc.

La distinction est surtout importante en matière d'obligations ; une dette est présumée générique ou spéciale, suivant qu'elle porte sur des fongibles ou sur des non fongibles. La prestation de fongibles est toujours présumée devoir être faite génériquement, *in genere*, celle de non fongibles individuellement, *in specie*, c'est très important pour les risques de la chose. Mais ce n'est là qu'une présomption basée sur les usages courants du commerce. Les parties peuvent la modifier à leur guise et déterminer individuellement une chose fongible ou génériquement une chose non fongible. On traite par exemple individuellement une somme d'argent, chose fongible, lorsqu'on la dépose chez quelqu'un dans une bourse fermée, à charge de la restituer telle quelle dans la même bourse. On traite par contre génériquement une chose non fongible, lorsque par exemple on achète un cheval de telle espèce au lieu de tel cheval déterminé. Il est à remarquer cependant que le *mutuum*, prêt à restitution générique ne peut porter que sur des fongibles.

A la distinction des fongibles et des non fongibles correspond en fait presque exactement celle des consomptibles et des non consomptibles.

Sont consomptibles les choses qui se consomment par le premier usage, ainsi tous les aliments ; sont non consomptibles les choses susceptibles d'un usage répété. La distinction est importante pour l'usufruit, c'est-à-dire le droit de jouir d'une chose à charge d'en conserver la substance et de la restituer *in specie*. Pour les consomptibles, l'usufruit n'aurait aucune valeur s'il fallait les conserver. Aussi a-t-on admis pour ces choses un quasi-usufruit, dans lequel l'usufruitier peut les consommer, mais à charge d'en

Digitized by Google

restituer autant de la même qualité à l'expiration de l'usufruit.

Généralement, les fongibles sont consomptibles et vice-versa. Mais les deux termes ne se couvrent pas nécessairement, ainsi une pièce de gibier est un consomptible qui peut être un non fongible et de la vaisselle ordinaire est un fongible non consomptible.

Remarque. Le monnaie est considérée comme consomptible bien qu'elle ne soit pas matériellement consommée par le premier usage. Cela tient à ce que son usage normal consiste à la dépenser et non à la garder pour elle-même.

§ 114. — Choses divisibles et choses indivisibles.

Toute chose corporelle est matériellement divisible à l'infini. Mais juridiquement on considère comme indivisible une chose dont le copropriétaire ne peut pas demander la division effective. Il en est ainsi lorsque le morcellement de la chose équivaudrait à sa perte totale (esclave coupé en deux) ou bien entraînerait un dommage considérable (bijoux mis en morceaux).

Une chose indivisible est toujours susceptible de division intellectuelle, c'est-à-dire susceptible d'être la propriété de plusieurs par parts indivises.

§ 115. — Les fruits d'une chose.

Les fruits d'une chose sont les produits qu'elle donne naturellement et périodiquement sans atteinte à sa propre substance. Tels les produits agricoles de la terre, la laine et le croît des animaux, etc. Les enfants des esclaves ne sont pas des fruits parce que l'élevage des esclaves n'est pas admis et qu'il n'y a partant pas de périodicité dans la reproduction des esclaves.

Digitized by Google

Avant leur séparation, les fruits ne sont qu'une partie de la chose-mère et se confondent avec elle. Ils ne peuvent pas encore être l'objet de droits distincts.

A côté des fruits naturels, les modernes parlent de *fruits civils* pour désigner le revenu que l'on retire indirectement d'une chose en vertu d'un acte juridique dont elle fait l'objet, ainsi les loyers et fermages, les intérêts d'un capital, etc. Les Romains envisagent de tels revenus comme étant *loco fructuum*.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE II

La possession.

CHAPITRE PREMIER

Possession et détention.

§ 116. — Notion et importance de la possession.

La possession est le rapport extérieur qui existe régulièrement entre le propriétaire et sa chose, c'est la maîtrise de fait sur une chose, la domination effective sur une chose, en tant qu'elle est juridiquement protégée et sanctionnée comme telle, c'est-à-dire pour elle-même et en elle-même, abstraction faite du droit de celui qui l'exerce. Normalement, c'est le propriétaire et alors la possession est la réalisation du droit de propriété, sa manifestation matérielle et extérieure. De là la confusion habituelle aux non juristes de la possession et de la propriété. Mais il se peut aussi que le possesseur ne soit pas le propriétaire, car la possession et la propriété sont deux choses distinctes et peuvent être indépendantes, l'une étant un simple fait, l'exercice d'un pouvoir sur la chose, l'autre étant un droit qui se borne à conférer le pouvoir dont la possession est l'exercice effectif. A ce point de vue la possession est l'opposé de la propriété.

Digitized by Google

1° *Avantages de la possession en tant qu'opposé de la propriété.*

Le simple fait de la possession est maintenu comme tel parce que l'Etat n'a aucune raison de modifier une situation de fait quand aucun droit ne s'y oppose, qu'il a au contraire intérêt à maintenir le *statu quo* tant que la preuve n'est pas donnée de sa non conformité au droit. Mais naturellement, cette sanction de la possession n'est que provisoire ; elle cesse au moment où il est prouvé que le pouvoir exercé par le possesseur est en opposition avec le droit d'une autre personne, titulaire d'un droit réel qui lui confère ce pouvoir sur la chose. Il n'en reste pas moins nécessaire de maintenir jusque-là la possession telle quelle, et c'est là son principal avantage juridique. Il consiste surtout à accorder au possesseur les interdits possessoires et à le décharger de toute preuve de la légitimité de sa possession. Le fardeau de la preuve est rejeté sur celui qui veut attaquer la possession en invoquant un droit sur la chose. En effet, jusqu'à ce que la preuve de ce droit ne soit faite, le *statu quo* est maintenu. En d'autres termes, le possesseur a le rôle avantageux de défendeur ; c'est son adversaire qui doit assumer le rôle désavantageux de demandeur.

2° *Avantages de la possession en tant que manifestation de la propriété.*

Un autre avantage de la possession, c'est de pouvoir avec le temps conduire à la propriété de la chose, à condition de reposer sur un juste titre et d'être de bonne foi. Ce mode d'acquisition de la propriété s'appelle l'*usucapion.* Nous verrons que le préteur renforça cet avantage de la possession au moyen de l'*action Publicienne*, accordée au possesseur de bonne foi déjà avant l'écoulement du délai d'usucapion.

Remarque. La possession n'est pas un simple rapport

Digitized by Google

de proximité locale entre une personne et une chose. Un tel rapprochement matériel est sans aucune valeur juridique s'il est purement accidentel et non voulu. Pour qu'il devienne un fait juridique, il faut qu'il ait été voulu. La possession contient donc deux éléments, 1° un élément matériel, le rapport physique entre la personne et la chose, le *corpus*, et 2° un élément psychique, la volonté relative au rapport physique, l'*animus*.

A remarquer aussi que dans la notion romaine pure, la possession ne pouvait porter que sur des choses corporelles. La jurisprudence classique finit cependant par admettre que la possession pouvait aussi s'étendre aux servitudes, choses incorporelles. C'est la *quasi possessio* ou *iuris possessio*.

§ 117. — Possession et détention.

Il n'y a de véritable possession que là où le pouvoir exercé en fait sur une chose est protégé juridiquement. Lorsqu'un tel pouvoir n'est pas sanctionné par le droit, il n'y a pas possession, mais simple détention. Les Romains ne connaissent pas ce terme ; ils désignent la détention par les expressions *naturalis possessio*, *tenere* ou *in possessione esse*

A Rome, la sanction juridique de la possession revêtait la forme d'interdits possessoires accordés par le préteur. On était donc possesseur ou détenteur suivant qu'on avait les interdits ou qu'on ne les avait pas.

Sur ce point, le droit romain donne les solutions suivantes :

1° Il protège par les interdits et reconnaît ainsi comme possession le pouvoir exercé sur la chose,

a) par le propriétaire,

b) par le possesseur de bonne foi,

Digitized by Google

c) par le possesseur de mauvaise foi, tel le voleur,

d) par le précariste,

e) par le créancier gagiste,

f) par le séquestre.

2° Il refuse les interdits et ne voit qu'une simple détention dans le pouvoir exercé,

a) sur une ***res extra commercium***, de même dans celui exercé par

b) un fils de famille ou un esclave,

c) un représentant,

d) un locataire ou un fermier,

e) un commodataire ou un dépositaire,

f) un usufruitier.

Comment expliquer cette répartition des cas de possession et de détention ? Quel est le fondement de la distinction entre la possession et la détention ?

Cette question n'est pas encore résolue par la science moderne. Deux théories principales sont en présence, celle de ***Savigny*** et celle de ***Jhering***.

1° ***Savigny*** voit le critérium de la distinction dans un élément subjectif, la volonté de celui qui tient ; est possesseur, celui qui tient la chose avec la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire, ***animo domini ;*** est détenteur celui qui tient la chose sans cet ***animus domini.***

Cette théorie s'appuie sur deux textes de Paul où il est dit que le locataire et le représentant ne possèdent pas parce qu'ils n'ont pas l'***animus possidendi.*** Ces textes semblent prouver qu'il faut bien un ***animus*** spécial pour la possession ; ce serait d'après Savigny l'intention d'exercer le droit de propriété, ***animus domini.*** Savigny invoque à l'appui de cette thèse, la règle que les personnes sous puissance ne peuvent posséder et que les ***res extra commercium*** ne peuvent être possédées. Cela tiendrait à ce que dans ces deux cas il n'y a pas de propriété et partant pas

Digitized by Google

d'*animus domini* possible. Quant à la possession du créancier gagiste, du précariste et du séquestre, qui n'ont évidemment pas l'*animus domini*, Savigny y voit une exception à la règle. Elle s'explique selon lui par ce fait que le véritable possesseur aurait transféré sa possession à ces personnes. Leur possession serait donc une possession dérivée.

2° Selon *Jhering*, il n'y a pas de différence théorique entre la détention et la possession et notamment l'*animus* du possesseur est identique à celui du détenteur : c'est dans les deux cas la volonté de tenir la chose et de la garder. Le critère de la distinction serait purement objectif, une règle de droit positif qui, pour des raisons pratiques, dépouille dans des cas exceptionnels, certains rapports possessoires des avantages de la possession. L'exception ce serait donc les cas de détention et non les cas de possession soi-disant dérivée. Quant à l'opinion de Paul relative à l'*animus possidendi* requis pour la possession, Jhering y voit un essai personnel de ce juriste de justifier rationnellement la règle de droit positif que les représentants et les locataires n'ont que la détention.

La théorie de Jhering est la plus conforme aux textes. D'abord, le juriste Paul lui-même, parle parfois indifféremment d'*affectio tenendi* ou d'*intellectus possidendi*, qu'il s'agisse de possession ou de détention. Il identifie donc l'*animus* du détenteur et celui du possesseur. Ensuite la possession du créancier gagiste, du précariste et du séquestre n'est jamais présentée comme dérivée. Enfin les textes décident de plusieurs cas de détention et de possession non pas d'après l'intention différente de celui qui tient la chose, mais d'après la situation juridique qui accompagne objectivement le pouvoir exercé sur la chose. La possession est donc admise ou exclue suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas une *causa possessionis*, c'est-à-dire

Digitized by Google

suivant des règles basées non sur la volonté de l'individu, mais sur les éléments objectifs de chaque particulier. La volonté ne peut pas modifier les rapports possessoires qui résultent d'une situation donnée : *nemo sibi causam possessionis mutare potest.*

Digitized by Google

CHAPITRE II

Acquisition et perte de la possession.

§ 118. — Acquisition.

Dans les limites où elle est admise par le droit positif, la possession est acquise par la réunion sur un même objet de l'*animus* et du *corpus*. Il suffit donc pour son acquisition qu'il y ait volonté de posséder et que cette volonté se soit réalisée par l'établissement d'un pouvoir correspondant sur la chose, autrement dit, que la volonté de s'approprier la chose soit réalisée en fait.

1° *Animus*. Les personnes incapables de vouloir ne peuvent pas acquérir la possession, ainsi les fous.

2° *Corpus*. On doit distinguer ici l'acquisition par soi-même et celle par autrui.

a) *Acquisition par soi-même*. Il convient de distinguer entre la prise de possession unilatérale et le transfert conventionnel de la possession. L'acquisition de la possession mobilière par voie d'appropriation unilatérale s'opère par le déplacement des meubles. Pour les immeubles, elle s'opère par un *omnia ut dominus gerere*. Quant au transfert conventionnel de la possession, il se fait par la tradition. Sur ce point, les Romains ont réduit l'acte extérieur à son strict minimum, sans cependant jamais aller jusqu'à admettre que le simple consentement des parties suffise.

Digitized by Google

C'est ainsi que les juristes de l'Empire se contentèrent de tout acte qui, même indirectement, place la chose dans la puissance de l'acquéreur. Je deviens par exemple possesseur du vin que j'ai acheté, par le simple fait que le vendeur me remet les clefs de la cave.

Remarque. Le droit romain admet deux cas de tradition sans aucun déplacement matériel de la chose : la *traditio brevi manu* et le constitut possessoire. La *traditio brevi manu* est le cas dans lequel un simple détenteur veut acquérir la possession à la suite de l'établissement d'une *causa possessionis*, par exemple lorsqu'un locataire achète la chose louée. Il suffit, pour que la possession lui soit transférée, de l'accord de l'ancien possesseur, ici, du bailleur.

Le constitut possessoire est l'exacte contre-partie de la *traditio brevi manu.* C'est le cas où un possesseur actuel veut transférer la possession, mais garder la détention de la chose, par exemple à titre de locataire ou d'usufruitier. Il suffit pour cela que, d'un commun accord, il tienne la chose pour l'acquéreur. On voit généralement dans le constitut possessoire un cas d'acquisition de la possession par représentation. Cette opinion est inadmissible, parce qu'elle aboutirait à supprimer complètement la nécessité de la tradition. Le constitut possessoire s'explique bien mieux par des considérations pratiques.

b) Acquisition par autrui. Les Romains distinguent entre l'acquisition par l'organe d'une personne soumise à la puissance de l'acquéreur, qu'ils admirent de tout temps, et celle par l'intermédiaire d'un représentant libre, qui ne fut admise qu'au cours du deuxième siècle de notre ère.

Pour l'acquisition par l'organe d'une personne sous puissance, il faut d'une part, l'*affectio tenendi* du père de famille, et d'autre part la possession de la *subiecta persona* par le père de famille.

Digitized by Google

Pour l'acquisition par l'intermédiaire d'un représentant libre, il faut aussi l'*affectio tenendi* du représenté. Il doit exister en outre un rapport de représentation entre les intéressés, rapport généralement basé sur un mandat. Il faut enfin que le représentant ait pris possession en vertu d'un acte juridique établi dans le chef du représenté, sinon la possession ne peut être acquise à ce dernier que par voie de représentation indirecte. Ce dernier principe souffre cependant une exception en ce qui concerne le tuteur et le *procurator*, c'est-à-dire le factotum du représenté. Ces deux personnes peuvent faire acquérir la possession directement au pupille ou au *dominus*, même si elles l'ont prise en exécution de contrats conclus par elles personnellement.

§ 119. — Perte de la possession.

La possession se perd dès que le possesseur n'apparaît plus comme propriétaire, sans qu'il soit besoin d'un *in contrarium actum*, comme on l'admet généralement.

1° Causes de perte *corpore :*

Impossibilité physique ou légale de se comporter en maître en face de la chose.

Impossibilité légale : la chose devient *res extra commerctum*, ou bien le possesseur devient *alieni iuris*.

Impossibilité physique : arrivée d'un obstacle matériel qui soustrait définitivement la chose à la domination du possesseur. Une simple cessation temporaire de cette domination ne suffit donc pas. Ainsi la possession se perd si la chose est détruite ou perdue, si elle est enlevée violemment par un tiers, si elle devient inaccessible, p. ex., pour être tombée à la mer ou pour avoir été inondée, s'il s'agit d'un fonds. Mais il faut toujours que l'obstacle soit définitif ; ainsi une inondation passagère ne fait pas perdre la possession du fonds. De même lorsque quelqu'un a clan-

Digitized by Google

destinement occupé un fonds pendant l'absence du possesseur, ce dernier n'en perd pas par là la possession. Il ne la perd qu'à son retour, s'il ne réussit pas à expulser l'envahisseur, ou s'il y renonce. Cette dernière règle ne s'applique qu'aux immeubles. Pour les meubles, on en perd la possession aussi bien lorsqu'ils sont enlevés clandestinement que lorsqu'ils le sont violemment.

2° Causes de perte *animo et corpore :*

Tradition, mort du possesseur et déréliction, c'est-à-dire abandon de la possession dans l'intention de se défaire de la chose ; enfin, inaction du possesseur. Une telle inaction a pour effet tantôt la perte immédiate de la possession, tantôt sa perte seulement après un certain délai.

Causes de perte immédiate : neglecta atque omissa custodia d'une chose égarée ou perdue. Ainsi, pour les animaux domestiques, dès qu'ils sont égarés en dehors de la *custodia* du possesseur, et que celui-ci ne se met pas immédiatement à leur recherche ; pour les animaux apprivoisés, dès qu'ils ont perdu la *consuetudo* et partant l'*animus revertendi ;* pour les animaux captifs, dès qu'ils reprennent leur liberté naturelle. Mais pour les esclaves en fuite, nous continuons à les posséder, aussi longtemps qu'ils ne sont pas possédés par autrui. De même on perd immédiatement la possession d'un immeuble dont on est expulsé violemment.

Causes de perte après un délai : mort ou folie du fermier, de même abandon de l'immeuble par le fermier. Dans ces trois cas la possession n'est perdue qu'après un certain temps pendant lequel l'ancien fermier n'a pas été remplacé par la négligence du bailleur. Vacance d'un fonds par la longue absence de son possesseur. Enfin, le fait de laisser longtemps un esclave à l'état d'homme libre, en fait perdre la possession.

3° Causes de perte *solo animo :*

Digitized by Google

La folie du possesseur ne lui fait pas perdre la possession *animo*, de même qu'une simple déclaration de sa part de ne plus vouloir posséder, lorsque cette déclaration ne correspond pas aux faits.

Par contre la perte de la possession *solo animo* est possible dans le cas où on l'exerce elle-même *solo animo*. Cela arrive par exemple pour les pâturages d'hiver ou d'été. On en conserve la possession même pendant la saison dans laquelle on ne les emploie pas, et cela *solo animo*. On peut aussi voir dans le constitut possessoire un cas de perte de la possession *solo animo*, bien entendu de la part du possesseur actuel qui tient désormais la chose pour un autre.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Les interdits possessoires.

§ 120. — Différentes espèces.

Les interdits qui protègent la possession se divisent en deux catégories.

1° les *interdicta retinendae possessionis*, dont le but est de maintenir une possession contestée ;

2° les *interdicta recuperandae possessionis*, dont le but est de rétablir une possession perdue.

Il existe aussi des *interdicta adipiscendae possessionis* destinés à attribuer la possession à une personne qui ne l'a jamais eue, mais qui y a droit. De tels interdits sont aussi rangés par quelques auteurs parmi les possessoires. Mais comme ils se basent sur un droit à la possession et non sur le fait de la possession, ils ne concernent pas la protection de la possession elle-même et ne rentrent pas dans le cadre de notre étude.

Les interdits possessoires, comme tous les interdits, sont des défenses ou des ordres du préteur ; le magistrat les accorde sur simple demande, sans vérifier les faits invoqués ; aussi leur efficacité est-elle subordonnée à la condition que ces faits soient exacts ; c'est sur ce point que porte, en cas de contestation, le procès qui suit le prononcé de l'interdit.

Digitized by Google

§ 121. — Interdits retinendae possessionis.

Ils consistent dans la défense faite aux parties de porter atteinte à la possession de l'une d'elles. La défense s'adresse aux deux parties parce que le préteur ne tranche pas la question de savoir quelle partie a la possession. Ce point est réglé en cas de contestation, par le juge ; chaque plaideur joue dans le procès le rôle de demandeur, c'est-à-dire se prétend possesseur. Et le juge peut aussi bien condamner celui qui a intenté l'interdit que son adversaire. Dans ce sens on dit que les interdits *retinendae possessionis* sont doubles.

Une autre particularité de ces interdits est de contenir une *exceptio vitiosae possessionis* en vertu de laquelle le juge ne maintiendra pas la possession que l'un des plaideurs aurait acquise de son adversaire soit par la violence soit à son insu soit à titre de précaire. Un tel possesseur sera condamné à restituer la possession de la chose à son adversaire et de cette façon les interdits *retinendae possessionis* ont aussi une fonction récupératoire ; ils font recouvrer la possession à la partie dépouillée par l'autre, *vi, clam* ou *precario*. Mais le bénéfice de l'*exceptio vitiosae possessionis* n'appartient qu'à la victime de la dépossession vicieuse et seulement contre l'auteur de cette dépossession. A l'égard des tiers, la possession vicieuse est maintenue.

Les interdits *retinendae possessionis* sont au nombre de deux, l'interdit *utrubi* pour les meubles et l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles. Ils sont ainsi désignés d'après les premiers mots de leur formule.

1° Interdit *uti possidetis*. Il sert au maintien de la possession non vicieuse d'un fonds telle qu'elle existait au moment du prononcé de l'interdit par le préteur. Il protège donc la possession actuelle.

Digitized by Google

2° L'interdit *utrubi* par contre donne gain de cause à celui des deux plaideurs qui avait possédé le bien meuble pendant la plus grande partie de l'année qui précédait le prononcé de l'interdit. Il pouvait ainsi remplir d'une nouvelle manière une fonction récupératoire, lorsque le possesseur actuel avait possédé moins de six mois et l'ancien possesseur plus de six mois dans l'année en question. Dans ce cas, l'ancien possesseur l'emportait, à moins toutefois qu'il n'eût lui-même livré la chose au possesseur actuel ; chaque plaideur pouvait en effet joindre à sa possession celle de son auteur, à condition qu'elle ne fût pas vicieuse et qu'il ne l'eût pas lui-même acquise d'une façon vicieuse (*accessio temporis sive possessionis*).

Justinien soumit l'interdit *utrubi* aux mêmes règles que l'*uti possidetis*, et ainsi l'*utrubi* ne protège plus désormais que la possession actuelle.

§ 122. — Interdits recuperandae possessionis.

Il n'y avait pas de tels interdits pour les meubles. L'interdit *utrubi* en effet, grâce à sa fonction récupératoire, suffisait à en faire recouvrer la possession. D'ailleurs, celui qui a été dépossédé d'un meuble, aura le plus souvent à sa disposition l'*actio furti*, tandis que pour les immeubles cette action était irrecevable, le *furtum* n'étant possible que sur une chose mobilière. Pour les immeubles il fallait donc des moyens spéciaux pour rétablir la possession enlevée. Ces moyens sont les interdits *recuperandae possessionis*. Ils sont au nombre de deux :

1° l'interdit de *clandestina possessione* contre une occupation clandestine. Cet interdit, dont l'existence même est douteuse, disparut en tout cas dès que l'on admit qu'une telle occupation ne ferait pas perdre la possession du fonds (§ 119).

Digitized by Google

2° l'interdit *unde vi* contre une occupation violente (*deiectio*). Cet interdit force le *deiciens* à restituer au *deiectus* la possession non seulement du fonds, mais aussi des meubles qui s'y trouvaient et en outre à lui payer des dommages intérêts. Il se divisait à l'époque classique en interdit de *vi cottidiana*, contre la dépossession par violence simple, et interdit *de vi armata* contre la dépossession à main armée. La différence entre les deux interdits était que le premier contenait une exception de possession vicieuse grâce à laquelle le *deiciens* n'était pas condamné lorsque le *deiectus* possédait à son égard *vi clam* ou *precario*. Ainsi, il est permis d'expulser violemment celui qui nous a enlevé la chose *vi, clam* ou qui la tient de nous *precario*, mais il n'est pas permis de le faire à main armée. Justinien abolit cette distinction et supprima l'exception de possession vicieuse pour le cas de violence simple.

§ 123. — Origine des interdits possessoires.

Les interdits possessoires remontent à l'époque du *ius civile* pur. Comment, à une époque si reculée, a-t-on été amené à la notion déjà subtile d'une possession qu'il faut protéger abstraction faite du droit sur la chose ?

Sur ce point deux théories

1° Jhering et avec lui la majorité des auteurs pensent que les interdits possessoires ont été introduits pour servir de préalable à la revendication, au procès pétitoire sur le droit de propriété ; ils auraient servi à attribuer la possession intérimaire à l'une des parties, en attendant que la question de droit eût été tranchée.

2° Savigny croit, avec quelques autres, que le principal interdit possessoire, l'*uti possidetis*, a été imaginé pour protéger les possesseurs de l'*ager publicus*. Ces possesseurs n'avaient aucune action en revendication, car l'*ager*

Digitized by Google

publicus n'était pas leur propriété, mais celle du peuple. Il leur fallait donc une protection spéciale et c'est pour la leur procurer, que l'interdit *uti possidetis* aurait été introduit par le préteur.

Cette théorie se heurte à l'objection que les contestations relatives aux terres publiques étaient à l'origine des affaires administratives intéressant les autorités administratives, censeurs ou consuls, et non des affaires civiles concernant l'autorité judiciaire, le préteur. L'opinion de Jhering a par contre en sa faveur un texte de Gaius qui la confirme expressément en ce qui concerne les interdits *retinendae possessionis*.

Digitized by Google

TITRE III

La propriété.

CHAPITRE PREMIER

Généralités.

§ 124. — Notion et étendue de la propriété.

1° *Notion.* La propriété est le droit à la domination absolue et exclusive sur la chose, à la *plena in re potestas.*

C'est le droit réel par excellence, car elle absorbe complètement la chose sur laquelle elle porte.

Elle se compose de deux éléments,

a) un élément positif, le droit à la domination absolue, c'est-à-dire le droit de tout faire sur la chose, d'en tirer tous les avantages qu'elle est susceptible de donner. Ces avantages sont ramenés par les modernes à trois facultés principales : *ius utendi*, *fruendi*, *abutendi*, droit d'user, de jouir, d'abuser de la chose. Ce dernier terme comprend le droit d'aliéner la chose et celui de n'en pas profiter, soit en la détruisant, soit en la négligeant.

b) un élément négatif, le droit à la domination exclusive, c'est-à-dire le droit d'écarter toute ingérence d'autrui sur la chose.

2° *Etendue.* Quelqu'étendus que soient les droits du pro-

Digitized by Google

priétaire, ils comportent cependant certaines limites que la loi impose dans l'intérêt général de la société ou dans l'intérêt particulier des voisins. A Rome, ces limitations étaient moins nombreuses et moins considérables qu'en droit moderne. L'une des plus sensibles du droit moderne notamment, le droit d'expropriation pour cause d'utilité publique, n'existait pas en droit romain, ou du moins y était restreinte à quelques cas particuliers, par exemple pour cause d'intérêt religieux. Le droit romain admettait cependant certaines limitations à la propriété. Par exemple :

a) *dans l'intérêt public*, l'obligation imposée au propriétaire riverain d'un fleuve public de subir le halage sur sa rive ;

b) *dans l'intérêt des voisins*, l'obligation de permettre à son voisin de venir tous les deux jours sur notre fonds ramasser les fruits tombés de ses arbres, ou encore l'obligation de recevoir les eaux naturelles qui coulent naturellement du fonds voisin, etc.

Des limitations à la propriété peuvent en outre résulter du conflit de deux droits égaux de propriété. Ainsi un propriétaire foncier n'a pas le droit de faire de son fonds un usage qui porte dommage à son voisin, en lui infligeant, par exemple, des nuages de fumée de fabrique ou des eaux détournées de leur cours naturel. Il ne peut faire une chose pareille que si le voisin lui en a volontairement accordé le droit. Nous en arrivons ainsi aux restrictions volontaires de la propriété, aux droits réels sur la chose d'autrui. Ces *iura in re aliena* restreignent la propriété en attribuant à un non-propriétaire une portion des pouvoirs qui appartiennent normalement au propriétaire. Le droit romain, d'abord hostile à l'admission de tels droits restreignant la propriété, finit par en admettre plusieurs : les servitudes, le droit de gage, l'emphytéose et la superficie.

Digitized by Google

§ 125. — La copropriété.

Un cas important de limitation de la propriété par le conflit de droits égaux est la copropriété, c'est-à-dire la propriété de plusieurs sur la même chose. Etant un droit absolu et exclusif, la propriété sur une même chose ne peut appartenir en entier à plusieurs personnes à la fois. Aussi, lorsque plusieurs individus se trouvent avoir une chose en commun, par exemple à la suite d'un héritage commun ou d'un contrat de société établi entre eux, la propriété de la chose se partage entre eux. Leur concours fait qu'ils ne sont que partiellement propriétaires, ce qui signifie qu'ils n'ont qu'une part de propriété sur la chose et non qu'ils ont chacun la propriété totale d'une partie de la chose ; leur droit partiel de propriété porte en effet sur chaque parcelle de la chose et non sur une portion distincte. Ce qui est divisé, c'est le droit de propriété lui-même et non l'objet sur lequel il porte. C'est pourquoi on dit de chaque propriétaire qu'il a une part indivise de la chose.

Cette coexistence de plusieurs droits de propriété sur un même objet entraîne nécessairement des restrictions considérables au pouvoir de chaque copropriétaire. Elle ne l'empêche pas de disposer librement de sa part de propriété ; il peut l'aliéner, l'hypothéquer ou la grever d'un usufruit sans que ses copropriétaires puissent s'y opposer. Mais elle l'empêche de modifier l'état matériel de la chose commune sans le consentement de tous les autres propriétaires, fût-ce même pour assurer sa conservation, menacée en la demeure, ou pour y apporter une amélioration évidente. Chaque parcelle de l'objet commun appartient en effet à tous partiellement, et l'un des communistes ne pourrait y toucher sans porter atteinte au droit des autres.

Digitized by Google

Cette nécessité du consentement unanime et le droit pour chaque communiste de faire entrer dans la communauté une tierce personne en lui aliénant sa part, pouvaient rendre facilement la situation du copropriétaire intolérable. C'est pourquoi chacun d'eux a le droit d'exiger à tout moment la dissolution de la communauté au moyen de l'action *familiae erciscundae*, s'il s'agit d'une hérédité, au moyen de l'*actio communi dividundo*, s'il s'agit d'autres biens indivis. Ce droit est même inaliénable ; il ne peut être restreint par convention que pour un temps limité et seulement dans la mesure où cela est utile à la chose commune.

Ce droit d'exiger le partage aura été un moyen de contrainte puissant pour amener les copropriétaires à donner leur consentement aux mesures de conservation ou d'amélioration de la chose commune. D'ailleurs, on finit par admettre sous l'Empire que chaque communiste aurait le droit de faire faire de son propre chef et à frais communs, les réparations nécessaires à la conservation de l'objet commun. Pour se faire rembourser les frais de réparation, il intentait contre ses copropriétaires l'action en partage elle-même, qui apparaît ici dans une nouvelle fonction, celle de régler les rapports des copropriétaires pendant la durée de la communauté. Dans cette fonction, elle sert aussi à sanctionner l'obligation de chaque communiste de partager les fruits de la chose et de réparer le dommage qu'il a causé à l'objet commun par sa faute. La mesure de la faute est ici la *diligentia quam suis ;* il faut donc une *culpa levis in concreto.*

Quant à la dissolution elle-même de la communauté, le juge saisi par l'action en partage l'amène soit en divisant effectivement la chose commune et en adjugeant une part distincte à chaque copropriétaire, soit, surtout si la chose est indivisible, en attribuant l'objet tout entier à l'un des communistes qu'il condamne alors à indemniser les autres

Digitized by Google

pour leur part. Mais l'un et l'autre de ces résultats ne peuvent être atteints que si le juge a le pouvoir de prononcer une condamnation ou une adjudication au profit de chacun des communistes. C'est pourquoi chacun d'eux joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur dans l'action en partage, qui est ainsi une action double. Si elle était simple, le juge ne pourrait prononcer d'adjudication ou de condamnation qu'au profit du demandeur.

Remarque. Par l'adjudication totale ou partielle de la chose, le juge transfère à un seul la propriété de tous sur le tout ou la partie. Ce pouvoir pour le juge de transférer la propriété ne se trouve que dans les deux actions en partage et dans l'action en bornage, *actio finium regundorum* ; il lui est conféré par une partie de la formule qui s'appelle elle-même *adiudicatio*.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Différentes formes de la propriété à Rome.

§ 126. — Propriété quiritaire et bonitaire. Possession de bonne foi.

A l'origine le droit romain ne connaissait qu'une forme de propriété, le *dominium ex iure Quiritium*. Cette propriété quiritaire 1° ne pouvait appartenir qu'à un citoyen romain, 2° ne pouvait porter que sur une chose romaine, 3° ne pouvait se transférer que par un mode romain et 4° ne pouvait se transmettre par un acte d'acquisition dérivative, que si elle avait appartenu à l'aliénateur.

1° *Sujet*. Le droit romain finit par reconnaître aux pérégrins la capacité d'avoir un droit de propriété qui, sans être la propriété *quiritaire*, était protégé à l'égal de cette dernière.

2° *Objet*. A l'origine il fallait probablement une *res mancipi*. Plus tard la propriété quiritaire put porter sur des *res nec mancipi*. Mais il fallait en tout cas une chose romaine, ce qui excluait le sol provincial. Nous avons vu cependant qu'en fait les possesseurs du sol provincial étaient traités comme de véritables propriétaires

3° *Mode de transfert*. La nécessité d'un mode romain, *mancipatio* ou *in iure cessio*, ne s'appliquait qu'aux *res mancipi*. Pour les *res nec mancipi* on avait un mode naturel et non civil, la tradition. Une simple tradition ne suf-

Digitized by Google

fisait pas à transférer la propriété d'un *res mancipi ;* le *tradens* en restait propriétaire ; il pouvait en conséquence la revendiquer à l'*accipiens* lui-même, lequel à l'origine n'avait aucun moyen de défense à lui opposer. Le seul avantage de l'acquéreur était de pouvoir usucaper la chose reçue ; mais il fallait pour cela un certain délai et jusqu'à l'écoulement de ce délai l'*accipiens* était à la merci du *tradens*.

La situation fut profondément changée par l'intervention du préteur. Ce magistrat accorda d'abord un moyen défensif à l'*accipiens* pour repousser la revendication du *tradens ;* c'est l'*exceptio rei venditae et traditae*. Il lui donna ensuite un moyen offensif pour recouvrer la chose s'il en avait perdu la possession ; c'est l'action appelée *Publicienne* du nom de son créateur *Publicius*. Cette action est basée sur la fiction que l'usucapion de l'*accipiens* est déjà accomplie. Elle est recevable même contre le *tradens* resté propriétaire quiritaire, car l'*exceptio iusti dominii* qu'il pourrait opposer, est paralysée par la réplique *rei venditae et traditae* du demandeur.

Grâce à l'intervention du préteur, la position de l'acquéreur d'une *res mancipi* par simple tradition était donc équivalente à celle d'un véritable propriétaire (§ 111). Il n'avait pas encore le *dominium ex iure Quiritium*, mais on pouvait dire cependant qu'il avait la chose dans sa fortune, *in bonis*. De là le nom de propriété bonitaire donné à cette forme de la propriété prétorienne. Quant au *tradens*, le *dominium ex iure Quiritium* lui restait jusqu'à ce que l'*accipiens* eût usucapé la chose ; mais c'était un droit dénué de toute efficacité, un *nudum ius*. Aussi Justinien ne fit-il que reconnaître le fait accompli lorsqu'il abolit la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi* et par suite aussi celle du *nudum ius Quiritium* et de la propriété bonitaire.

Digitized by Google

4° *Propriété de l'auteur*. La propriété ne peut être transférée que par un propriétaire. Nous ne l'acquérons donc par un acte de transfert que lorsque notre auteur était lui-même propriétaire. Cependant, ici aussi, nous deviendrons propriétaires par usucapion, si nous avons acquis de bonne foi et en vertu d'un juste titre la chose que nous possédons. Mais jusque-là, nous n'avons aucun droit sur la chose elle-même.

Tels étaient au moins les principes du *ius civile*. Mais ici aussi le préteur intervint et donna au possesseur de bonne foi une position jusqu'à un certain point équivalente à celle d'un propriétaire. Il lui accorda en effet l'action Publicienne comme à celui qui a acquis du propriétaire une *res mancipi* par simple tradition. Seulement, l'action ne triomphe ici que contre des possesseurs inférieurs en droit. Le vrai propriétaire en particulier peut lui opposer avec succès l'*exceptio iusti dominii*, car, le demandeur, ayant acquis d'un autre que le propriétaire, ne peut pas obtenir contre lui une réplique *rei venditae et traditae*. Le possesseur de bonne foi n'a donc qu'un droit relatif, une quasi propriété. Nous verrons en outre qu'il acquiert comme un propriétaire les fruits de la chose possédée par lui.

Remarque. Outre la propriété des pérégrins, la possession du sol provincial, la propriété bonitaire et la quasi propriété du possesseur de bonne foi, il convient de citer à côté de la propriété quiritaire, la propriété prétorienne de ceux qui ont acquis une chose par la seule autorité du préteur, par exemple les héritiers prétoriens, *bonorum possessores*.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Acquisition de la propriété.

SECTION I

Généralités.

§ 127. — **Modes civils et modes naturels.**

Nous n'étudions ici que les modes d'acquisition à titre particulier et par actes entre vifs.

Les Romains les divisaient en modes civils et modes naturels.

1° *Modes civils.* Ce sont ceux de l'ancien *ius civile.*

a) Attribution par l'Etat à un particulier des biens de l'Etat ou d'un autre particulier. Elle se fait par l'*addictio* du questeur au plus offrant lorsqu'il s'agit d'une vente aux enchères portant sur des prisonniers ou du butin de guerre, portant sur les biens confisqués d'un condamné, d'un proscrit ou d'un débiteur de l'Etat, portant sur des biens vacants ou aussi sur des terres publiques. Mais ces dernières étaient le plus souvent données gratuitement aux membres d'une nouvelle colonie.

b) la mancipation, disparue en droit de Justinien.

c) l'*in iure cessio*, disparue en droit de Justinien.

d) l'adjudication par le juge dans les actions en partage et en bornage (§ 125).

Digitized by Google

e) l'usucapion.

Ces modes civils sont tous formels, sauf l'usucapion, et ont tous un certain caractère officiel ou tout au moins exigent une certaine publicité, ainsi l'usucapion.

2° *Modes naturels.* Ce sont ceux du nouveau droit, du *ius gentium.* Ils sont tous difformes et non officiels et s'appuient sur des faits naturels tels que la prise de possession. Les principaux sont la tradition, l'occupation, l'accession et la spécification.

La distinction des modes civils et naturels, très importante tant que subsiste la division des choses en *mancipi* et *nec mancipi* (§§ 111 et 126), disparut avec cette dernière en droit de Justinien. Dès lors la distinction la plus importante est celle des modes originaires et des modes dérivés d'acquisition.

Section II

Modes originaires d'acquisition.

A. Occupation.

§ 128. — **Notion.**

L'occupation est la prise de possession d'une chose. Elle entraîne acquisition de la propriété en faveur de l'occupant lorsque la chose occupée n'appartient à personne, soit qu'elle n'ait jamais eu de maître, *res nullius*, soit qu'elle ait été abandonnée par son ancien propriétaire, *res derelicta.*

Sont *res nullius :*

1° les choses prises à l'ennemi, *occupatio bellica*, car

Digitized by Google

elles n'ont jamais eu de propriétaire romain. Elles deviennent la propriété de l'Etat.

2° les choses qui n'ont jamais été soumises à aucune appropriation, ainsi les îles inoccupées de la mer, les produits de la mer, perles, poissons, etc., enfin, les animaux sauvages, en particulier le gibier de chasse. Pour acquérir le gibier, il faut la capture effective ; il ne suffit pas d'une simple tentative, par exemple, d'une poursuite. Mais une fois la capture effectuée, on en devient propriétaire même si on en a pris possession sur le fonds d'autrui. Le propriétaire foncier n'a donc pas à Rome, comme dans certaines législations modernes, un droit de chasse exclusif. c'est-à-dire un droit exclusif à l'appropriation du gibier qui se trouve sur son fonds ; mais naturellement il peut interdire l'entrée de son fonds, et si un chasseur y pénètre, il peut l'expulser et exiger de lui une réparation au moyen de l'action d'injure.

B. Spécification.

§ 129. — Notion.

La spécification est l'opération par laquelle on donne une forme nouvelle à une certaine substance, on en fait un objet nouveau, *species nova*. Si la matière première était la propriété d'un autre que le spécificateur, la question se pose de savoir si cette ancienne propriété subsiste ou si au contraire le spécificateur devient propriétaire du nouvel objet qu'il a fabriqué pour son compte.

Les Sabiniens, probablement d'accord avec l'ancienne jurisprudence, conservaient la propriété de l'objet nouveau au propriétaire de la matière première, parce que, sans cette dernière, la *species nova* n'aurait pas pu être faite. Mais les Proculiens considérant que l'ancienne chose

Digitized by Google

n'existait plus puisqu'elle était remplacée par une nouvelle, estimaient que l'ancien droit de propriété disparaissait avec elle et qu'en conséquence l'ouvrier devenait propriétaire de l'objet nouveau, qu'ils envisageaient comme étant une *res nullius*. Ils introduisaient ainsi un cas nouveau d'acquisition originaire de la propriété.

La controverse des deux écoles fut tranchée à la fin de l'époque classique par l'adoption d'un compromis suivant lequel le spécificateur devient propriétaire de l'objet nouveau seulement si cet objet ne peut pas être ramené à sa forme première, p. ex. le vin par rapport au raisin, et seulement si la spécification a été faite de bonne foi. Lorsque l'objet transformé peut être ramené à sa forme première, par exemple lorsque d'un métal on a fait un objet quelconque, alors l'ancienne propriété subsiste. Il en est de même lorsque la spécification a été faite de mauvaise foi, cas auquel l'ouvrier est en outre exposé à la *condictio furtiva* en pleins dommages intérêts. Justinien a cependant apporté une restriction à ces deux dernières règles en accordant la propriété de l'objet nouveau au spécificateur toutes les fois qu'il a fourni une partie de la matière première, fût-il même de mauvaise foi et l'objet pût-il être ramené à sa forme première.

Le spécificateur de mauvaise foi doit des dommages intérêts au propriétaire dans la *condictio furtiva*. Qu'en est-il du spécificateur de bonne foi devenu propriétaire de l'objet nouveau ? On admet généralement qu'il doit restituer, dans une *condictio sine causa*, à l'ancien propriétaire de la matière première l'enrichissement que lui a procuré l'acquisition de l'objet nouveau fait par lui.

Remarque. Il n'y a pas de spécification lorsqu'on se borne à modifier l'état d'une chose sans en faire un objet nouveau, par exemple lorsqu'on teint une étoffe ou lorsqu'on bat du blé.

Digitized by Google

C. Accession.

§ 130. — **Notion générale.**

Les modernes parlent d'accession toutes les fois que notre propriété sur une chose nous procure la propriété soit d'une partie nouvelle de la chose qui vient s'y incorporer comme accessoire et se confondre avec elle, soit d'une autre chose qui s'en détache et qui prend une existence distincte.

Dans les deux cas il y a extension de la propriété actuelle par agrandissement ou multiplication de son objet plutôt qu'acquisition d'une propriété nouvelle.

On réserve parfois le nom d'accession au seul cas d'agrandissement de l'objet par l'incorporation d'une partie accessoire nouvelle. Ce cas est régi par les deux principes *a*) que la partie accessoire d'une chose ne peut pas faire l'objet d'un droit distinct, *b*) qu'elle est soumise en conséquence au même droit que l'objet principal, ***accessio cedit principali.***

§ 131. — **Acquisition des fruits.**

En principe, les fruits, de même que les autres produits d'une chose, appartiennent à son propriétaire. Il en acquiert la propriété par le seul fait de leur séparation qui en fait des choses indépendantes, susceptibles d'un droit distinct. Il en est propriétaire par accession, c'est-à-dire en vertu de sa propriété sur la chose mère.

Mais les fruits peuvent revenir à d'autres qu'au propriétaire de la chose mère. Leur acquisition se base alors non sur une accession, mais sur un droit spécial aux fruits. Parmi ces personnes qui ont droit aux fruits de la

Digitized by Google

chose d'autrui, les unes les acquièrent par le même mode que le propriétaire, par la séparation, les autres ne les obtiennent que par la perception, c'est-à-dire en en prenant possession.

Acquièrent les fruits *separatione*, outre le propriétaire :

1° l'emphytéote ;

2° le possesseur de bonne foi. Il faut, pour ce dernier, que sa bonne foi subsiste au moment de la séparation ; cette condition l'empêche en particulier d'acquérir les fruits dès la litiscontestation, si le propriétaire revendique la chose. Mais tant que sa bonne foi subsiste, il devient propriétaire de tous les fruits séparés et n'a pas, en droit classique, à les restituer au propriétaire qui réclame ultérieurement la chose. En droit de Justinien par contre, il est tenu de restituer au propriétaire les *fructus extantes*, les fruits qu'il n'a pas encore consommés ou aliénés au moment de la litiscontestation. Les compilateurs ont essayé d'exprimer cette nouvelle situation du possesseur de bonne foi en disant qu'il acquiert les fruits en les consommant, *fructus consumptos suos facit ;* c'est absurde ; des fruits consommés ne peuvent faire l'objet d'aucun droit, et l'obligation de restituer les *fructus extantes* n'empêche pas nécessairement le possesseur de bonne foi d'en être devenu propriétaire *separatione.*

Acquièrent les fruits *perceptione :*

1° le fermier, en vertu d'une quasi tradition du propriétaire ;

2° l'usufruitier, en vertu de son droit de jouissance.

En conséquence, le fermier et l'usufruitier n'ont ni la revendication ni la *condictio furtiva* contre le voleur de fruits non encore perçus par eux. Ces actions appartiennent par contre aux acquéreurs *separatione.*

Digitized by Google

§ 132. — Le trésor.

On appelle trésor un objet de valeur caché depuis si longtemps qu'on ne peut plus en trouver le propriétaire. A ne pas confondre avec une chose perdue.

Anciennement, le trésor trouvé sur un fonds appartenait à titre d'accession au propriétaire du fonds. Hadrien en attribua la moitié à l'inventeur, à condition qu'il l'eût trouvé sur le fonds d'autrui par hasard, et non pas à la suite de recherches intentionnelles. Cette moitié est acquise à l'inventeur par le fait même de l'invention, avant même qu'il ait pris possession du trésor.

§ 133. — Accession résultant des changements dans le lit d'un fleuve public.

Cette accession ne s'applique qu'aux fleuves publics, dont le lit est soustrait à toute appropriation bien que censé propriété de l'Etat. La propriété du lit des fleuves privés est une propriété ordinaire qui ne varie pas avec les changements de leur cours. En outre, l'accession en question ne concerne que les *agri arcifinii*, dont les limites naturelles peuvent varier. Elle ne s'applique pas aux *agri limitati*, dont les limites sont invariables.

L'accession relative à un *ager arcifinius* riverain d'un fleuve public, peut se présenter sous trois formes.

1° *Alluvion*. C'est l'accroissement qu'un fleuve procure insensiblement à un fonds riverain par le limon qu'il y dépose. L'alluvion appartient au propriétaire du fonds accru par elle. Il en est de même des relais que laisse le fleuve en se retirant insensiblement de l'une de ses rives.

2° Abandon rapide du lit par le fleuve. L'*alveus derelictus* appartient aux propriétaires riverains à raison de la proxi-

Digitized by Google

mité de leurs fonds. Il se divise donc par moitié entre les deux rives et se partage entre les propriétaires d'une même rive suivant la largeur de leurs fonds.

3° Formation d'une île dans le fleuve. L'*insula in flumine nata* se divise entre les riverains de la même façon que l'*alveus derelictus*.

Remarque. De l'alluvion il faut distinguer l'*avulsion*, c'est-à-dire l'arrachement violent d'une parcelle de terre transportée par le cours d'eau sur le fonds opposé ou sur un fonds inférieur. L'avulsion ne modifie pas la propriété de la parcelle arrachée, tant que celle-ci garde son individualité distincte. Mais lorsqu'elle s'incorpore au nouveau fonds, par exemple par les racines des plantes qu'elle supporte, elle devient la propriété du riverain chez qui elle se trouve, qu'il s'agisse d'un fleuve public ou privé, d'un *ager arcifinius* ou *limitatus*.

§ 134. — Accession par la réunion indissoluble d'une chose accessoire à une chose principale.

Lorsque deux choses appartenant à deux propriétaires différents sont, sans leur accord, réunies de façon à former un seul tout indissoluble dans lequel l'une des choses est absorbée par l'autre comme accessoire, la propriété de la chose accessoire, devenue désormais une partie de la chose principale, passe par accession au propriétaire de cette dernière.

Il faut donc trois conditions :

1° absence d'accord fixant un autre résultat ;

2° union indissoluble des deux choses ;

3° absorption de l'une par l'autre, c'est-à-dire rapport de subordination de l'une à l'autre, comme de l'accessoire au principal.

Digitized by Google

§ 135. — Accessoire et principal. Mélange, confusion.

Lorsque les deux choses réunies ne peuvent pas être considérées comme étant respectivement l'une l'accessoire et l'autre le principal, par exemple dans le mélange de deux tas de blés, alors il n'est pas question d'accession. Les rapports de propriété se règlent de la manière suivante :

1° si le mélange peut être facilement séparé, par exemple un mélange de plomb et d'argent, alors les deux propriétés subsistent intactes ;

2° si le mélange est pratiquement inséparable, les Romains font une distinction plus subtile qu'utile :

a) entre la confusion de deux corps liquides ou liquéfiés qui perdent leur individualité, ainsi la confusion de deux vins ou de deux métaux de même nature,

b) et le mélange de corps solides qui gardent leur individualité distincte, bien que pratiquement elle ne soit plus déterminable, ainsi le mélange de deux tas de blés.

Dans le premier cas, la confusion devient copropriété des propriétaires des corps confondus. Dans le second cas les deux propriétés subsistent intactes en théorie, mais en fait chaque intéressé obtient une action en revendication pour une part proportionnelle du tas de blé, exactement comme s'il était devenu copropriétaire. S'il s'agit d'un mélange de pièces de monnaies, l'auteur du mélange devient, en vertu d'une règle positive, propriétaire des monnaies d'autrui qu'il a mélangées aux siennes.

Voyons maintenant le cas d'absorption d'une chose accessoire par une chose principale.

La distinction entre le principal et l'accessoire est facile à faire, lorsqu'il s'agit d'une chose incorporée à un fonds. Les Romains en effet considèrent toujours le sol comme

Digitized by Google

étant le principal et comme absorbant ce qui s'incorpore à sa surface : *superficies solo cedit.* Mais lorsqu'il s'agit de deux meubles réunis, la distinction du principal et de l'accessoire ne repose plus sur un critère constant. Le principal est généralement la chose par laquelle ou pour laquelle l'autre existe, ainsi le papier par rapport à l'écriture, la voiture vis-à-vis de la roue, etc. Cependant, la peinture est considérée comme le principal par rapport à la tablette qui la supporte. Cela tient peut-être à ce que dans ce cas il y a spécification, création d'un objet nouveau : le tableau.

Quoi qu'il en soit, l'objet considéré comme principal absorbe l'autre. Que devient la propriété de ce dernier ? C'est ici qu'il faut distinguer entre une union dissoluble et une union indissoluble.

§ 136. — **Union dissoluble et union indissoluble.**

La chose accessoire n'ayant plus d'existence indépendante ne peut plus faire en aucun cas l'objet d'une revendication, tant que l'union subsiste. Mais il n'en résulte pas que sa propriété soit toujours modifiée. Elle n'est éteinte pour l'ancien propriétaire et n'est acquise au propriétaire de l'objet principal, que si l'union est indissoluble, par exemple l'union du papier et de l'écriture, de même l'union organique des plantes qui ont poussé des racines dans un fonds, etc. Mais lorsque l'union n'est pas indissoluble, ainsi pour la roue mise au char, pour les constructions faites sur le sol d'autrui, alors la propriété de la chose accessoire n'est pas éteinte. Elle est simplement suspendue et paralysée par l'impossibilité d'intenter la revendication ; mais elle reprend toute son efficacité dès que les deux choses sont séparées ; le propriétaire peut même préparer sa revendication en exigeant la sépa-

Digitized by Google

ration de sa chose au moyen de l'action *ad exhibendum*. Sous ce rapport cependant, les constructions sur sol d'autrui sont soumises à des règles spéciales. D'abord, celui qui construit sciemment sur sol d'autrui, est censé avoir voulu transférer la propriété de ses matériaux au propriétaire du fonds. Ensuite, lorsque c'est le propriétaire foncier qui a construit avec les matériaux d'autrui, leur propriétaire ne peut pas en exiger la séparation par l'action *ad exhibendum*. Il peut seulement exiger du propriétaire foncier de mauvaise foi le double de la valeur de ses matériaux au moyen de l'*actio de tigno iuncto*, qui s'applique même aux échalas employés dans les vignes.

§ 137. — Recours du propriétaire dépouillé par l'accession survenue en faveur d'un autre.

1° Lorsque le bénéficiaire de l'accession s'est rendu coupable d'un vol, l'exproprié a contre lui l'*actio furti*. La mauvaise foi du bénéficiaire suffit d'ailleurs pour que l'exproprié ait contre lui la revendication et l'action *ad exhibendum*, depuis qu'elles sont données contre celui qui a cessé de posséder par son dol.

2° Mais si le bénéficiaire est de bonne foi, l'exproprié n'a en principe aucune action contre lui. Les textes ne lui en accordent une qu'exceptionnellement, ainsi une revendication utile contre celui qui a peint sur ma table, de même contre le propriétaire qui a planté mes arbres dans son fonds. Il y a cependant un texte qui voudrait donner à l'exproprié une action prétorienne *in factum* dans tous les cas. Mais cela paraît être une création récente.

La situation de l'exproprié était beaucoup plus favorable lorsqu'il était lui-même en possession de la chose principale, ce qui arrive lorsqu'il a lui-même opéré la réunion

Digitized by Google

de sa chose accessoire à la chose principale d'autrui. Dans ce cas, s'il est de bonne foi, il a sur la chose et jusqu'à complet dédommagement un droit de rétention amené par l'exception de dol opposée à la revendication du propriétaire.

D. Usucapion et prescription acquisitive.

§ 138. — **Aperçu historique.**

L'usucapion est l'acquisition de la propriété par la possession prolongée. C'était un mode civil d'acquisition dont la fonction était de transformer en propriété quiritaire, la propriété bonitaire et la possession de bonne foi. Le délai fixé par les XII Tables était d'un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles.

Comme mode civil, elle était inapplicable aux fonds provinciaux et inaccessible aux pérégrins. C'est pourquoi les gouverneurs de province et le préteur pérégrin introduisirent pour les fonds provinciaux et les pérégrins une institution équivalente, la *praescriptio longi temporis*, dont le délai est de 10 ans entre présents, c'est-à-dire entre les habitants de la même province, et de 20 ans entre absents, entre habitants de provinces différentes.

Dans l'Empire byzantin, il n'y avait en fait d'immeubles que des fonds provinciaux soumis à la seule *praescriptio longi temporis*. Quant aux meubles, ils étaient tous soumis à l'usucapion d'un an depuis l'extension du droit de cité par Caracalla. Justinien sanctionna cet état de fait et fondit les deux anciennes institutions en une seule appelée usucapion pour les meubles, avec un délai de 3 ans, appelée *praescriptio longi temporis* pour les immeubles, avec un délai de 10 ans entre présents, de 20 ans entre absents.

Digitized by Google

Remarque. La chose usucapée reste grevée des *iura in re aliena* qui pesaient sur elle chez son ancien propriétaire. Ainsi range-t-on parfois l'usucapion parmi les modes dérivés d'acquisition. Mais comme l'acquéreur ne tient ici son droit de personne que de lui-même, il est permis de voir dans l'usucapion un mode originaire d'acquisition.

§ 139. — Conditions requises.

Elles sont au nombre de cinq : *res habilis*, *possessio*, *titulus*, *fides*, *tempus*.

1° *Res habilis.* Il faut une chose susceptible d'être usucapée. Pour cela, la chose doit avant tout être *in commercio*. L'usucapion est en outre exclue absolument pour les meubles volés ou détournés, *res furtivae*, et pour les immeubles enlevés par la violence.

2° *Possessio.* Il faut une possession prise et maintenue en son propre nom, comme si l'on était propriétaire. La perte de la possession interrompt l'usucapion. Il est cependant des cas exceptionnels où l'usucapion continue malgré la perte de la possession. Tel le cas où je remets une chose en gage ; j'en perds la possession, mais je n'en continue pas moins à l'usucaper tant que le créancier gagiste la possède. De même l'usucapion du défunt continue au profit de l'héritier avant même qu'il ait pris possession des choses héréditaires ; il faut toutefois que ces choses n'aient pas été occupées par un tiers.

3° *Titulus.* La prise de possession doit se baser sur un juste titre d'usucapion. Est juste titre d'usucapion tout acte juridique qui justifie notre prise de possession en vue de la propriété : achat, donation, legs, etc. Un tel titre n'a pas besoin d'exister réellement, il suffit sous l'Empire qu'il existe dans la croyance erronée de l'acqué-

Digitized by Google

reur, pourvu qu'il y ait un juste motif d'erreur. C'est le titre putatif des modernes.

4° *Fides*. La prise de possession doit avoir lieu de bonne foi, c'est-à-dire dans l'idée erronée qu'on devient réellement propriétaire civil ou prétorien, que par conséquent notre auteur était lui-même propriétaire. Mais il faut que l'erreur soit excusable. Il suffit par contre que cette erreur excusable existe au moment de la prise de possession ; il n'est pas nécessaire que la bonne foi subsiste ultérieurement : *mala fides superveniens non nocet*.

5° *Tempus*. La possession doit avoir été maintenue pendant le délai légal. Si elle est perdue avant l'écoulement de ce délai, l'usucapion est interrompue, c'est-à-dire que l'ancienne possession est considérée comme non avenue et qu'elle ne peut plus être comptée pour l'usucapion en cas de reprise de la possession. C'est une nouvelle usucapion qui commence et qui doit réunir en elle-même toutes les conditions requises.

De même commence une nouvelle usucapion lorsqu'on acquiert une chose à titre particulier d'un possesseur qui était lui-même en train de l'usucaper. Seulement, il est permis dans ce cas, pour le calcul du délai, d'ajouter à sa possession celle de son auteur, pourvu qu'elle ait aussi réuni les conditions requises pour l'usucapion. Cette *accessio possessionis* n'était admise avant Justinien que pour la *praescriptio longi temporis*. Justinien l'étendit à l'usucapion mobilière.

Quant à l'héritier, successeur à titre universel, c'est l'usucapion du défunt qui continue à son profit. Il succède à l'usucapion même de son auteur et n'en commence pas une nouvelle. Il usucape donc même si les conditions voulues ne sont pas réunies en sa personne, pourvu qu'elles l'aient été chez le défunt. Par contre, il ne peut pas usucaper malgré sa bonne foi, si le *de cuius* avait pris possession de mauvaise foi.

Digitized by Google

Remarque. De l'interruption de l'usucapion il faut distinguer sa suspension, qui arrête son cours pendant un certain temps sans annuler la possession antérieure. C'est ainsi que l'usucapion est suspendue pendant la minorité du propriétaire.

§ 140. — De quelques cas exceptionnels d'usucapion.

Le droit classique admet trois cas d'usucapion sans juste titre ni bonne foi :

1° l'*usureceptio ex praediatura* en faveur de l'ancien propriétaire d'un fonds engagé à l'Etat et que ce dernier a vendu à un tiers ;

2° l'*usureceptio fiduciae* en faveur de l'ancien propriétaire d'une chose donnée en fiducie ;

3° l'*usucapio pro herede* (v. succession).

Ces trois cas particuliers, qui semblent des anomalies en droit classique, sont probablement des vestiges de l'ancienne usucapion des XII Tables. Cette loi n'aurait pas exigé le juste titre et la bonne foi. Elle se serait bornée à exclure l'usucapion des *res furtivae.*

En droit de Justinien, ces vestiges ont disparu. Mais Justinien a introduit un nouveau cas de prescription acquisitive à des conditions favorables, la *praescriptio longissimi temporis* ou prescription extraordinaire ; elle fait acquérir la propriété à tout possesseur de bonne foi au bout de trente ans, fût-il sans titre et s'agit-il même d'une chose volée. Cette prescription extraordinaire est un développement de la prescription extinctive de la revendication qui, comme pour les autres actions, avait été fixée à 30 ans par Théodose II.

Digitized by Google

Section III

Modes dérivés d'acquisition.

§ 141. — In iure cessio.

L'*in iure cessio*, cession en justice, est un mode de transfert de la propriété qui remonte déjà à l'époque des législactions. C'est un procès fictif en revendication. L'aliénateur et l'acquéreur se mettent d'accord pour jouer la comédie d'un procès. Ils paraissent devant le magistrat, *in iure*, l'acquéreur comme pseudo-demandeur, l'aliénateur comme pseudo-défendeur. Là, l'acquéreur revendique la chose et l'aliénateur reconnaît le bien fondé de cette revendication. Après quoi, le magistrat n'a plus qu'à confirmer, *addicere*, la réclamation du pseudo-demandeur. Le résultat d'une véritable cession est ainsi obtenu.

Remarque. Un autre mode ancien de transférer la propriété, la mancipation, a déjà été étudié avec la loi de XII Tables.

§ 142. — Tradition.

a) *Notion.* La tradition est la remise d'une chose, la cession de la possession. Comme mode de transfert de la propriété, elle ne s'appliquait, en droit classique, avec pleine efficacité qu'aux *res nec mancipi*. Pour un *res mancipi* elle ne procurait que la propriété bonitaire.

Mais en droit de Justinien il n'y a plus de *res mancipi* et comme l'*in iure cessio* a aussi disparu, la tradition est désormais le mode normal de transférer volontairement la propriété entre vifs. Elle en est même l'unique mode, car le droit romain n'a jamais admis que la propriété pût être transférée par une simple convention.

Digitized by Google

b) Conditions. Pour que le simple fait de la tradition puisse transférer la propriété, il faut évidemment qu'il ait ce transfert pour but. Il faut en outre que le *tradens* soit propriétaire de la chose.

En somme trois conditions :

1° Remise de la chose,

2° dans le but de transférer la propriété,

3° par le propriétaire.

1° *Remise de la chose.*

La tradition s'effectue exceptionnellement sans déplacement de l'objet dans deux cas : le constitut possessoire et la tradition *brevi manu.*

Elle peut aussi s'opérer entre absents par l'intermédiaire d'un tiers ; seulement, elle ne sera parfaite alors que par la remise au destinataire lui-même, si le tiers représente le *tradens* et non l'*accipiens.*

2° *Volonté de transférer la propriété.*

Pour être translative de propriété, la tradition doit avoir été faite par les parties dans l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir la propriété. C'est ce qui fait de la tradition une convention, plus spécialement une convention constitutive.

L'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir suppose un acte juridique qui la motive, qui en soit la cause et qui précède la tradition, par exemple une vente ou une donation. C'est ce qu'on appelle la *iusta causa* de la tradition. Elle est en principe la condition de l'effet translatif de la tradition, parce que sans elle l'intention d'aliéner et d'acquérir ne saurait normalement exister. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle ait objectivement une existence réelle. Il suffit que les parties aient cru par erreur à son existence, par exemple qu'elles aient procédé par erreur au paiement d'une somme indûe, car cette erreur n'exclut pas leur intention de transférer. Il peut même arriver que

Digitized by Google

la tradition soit efficace sans aucune *causa*, même imaginaire : ainsi quand j'accepte à titre de prêt ce qu'on me remet à titre de donation, ou vice-versa.

Par contre, l'intention de transférer est de nul effet, lorsqu'elle se base sur une *causa* interdite, par exemple sur une donation entre époux.

Remarque. La volonté de transférer peut être subordonnée à une condition suspensive et alors la tradition ne procure la propriété qu'au moment de la réalisation de la condition. Il est un cas où l'effet translatif de la tradition est ainsi suspendu par la loi elle-même, c'est celui de la tradition *ex causa emptionis*. La propriété ne passe à l'acheteur que lorsqu'il a payé le prix ou lorsque le vendeur le lui a crédité.

3° *Propriété du tradens.*

Elle est requise conformément au principe que nul ne peut donner plus qu'il n'a. Ce principe est respecté lorsqu'un représentant autorisé du propriétaire livre la chose à sa place. Mais il comporte deux exceptions en vertu desquelles un non propriétaire peut transférer la propriété d'une chose qui ne lui appartient pas.

La première exception est en faveur du fisc, qui transfère, depuis une décision de Zénon (474-491), à ses acquéreurs la propriété de ce qu'il vend, fût-ce même le bien d'autrui.

La seconde est en faveur du créancier gagiste. Il transfère la propriété de la chose à lui engagée, s'il la vend conformément à son droit de gage.

Il est à remarquer en outre que lorsque l'aliénateur non propriétaire est devenu après coup propriétaire de la chose aliénée, l'acquéreur aura contre lui l'*exceptio rei venditae et traditae* ou l'action Publicienne avec une réplique *rei venditae et traditae* opposable à l'*exceptio dominii* du défendeur. Il en est de même lorsque le véritable propriétaire vient à succéder à l'aliénateur non propriétaire.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Extinction de la propriété.

§ 143. — Principales causes.

Causes absolues.

La propriété s'éteint absolument :

1° Par la destruction matérielle de son objet physique ou par l'arrivée d'un obstacle matériel qui le soustrait définitivement à toute appropriation, tel le déplacement d'un fleuve public.

2° Par la transformation de cet objet en *res extra commercium.*

Causes relatives.

La propriété s'éteint relativement à son ancien titulaire :

1° Lorsqu'elle est acquise à autrui par tradition, spécification, accession, usucapion, etc.

2° Lorsque son objet matériel devient *res nullius.* Cela peut arriver :

a) par la volonté du propriétaire, s'il a fait déréliction de sa chose ;

b) contre sa volonté s'il s'agit d'animaux sauvages qui ont recouvré leur liberté naturelle. Il faut distinguer ici entre les animaux simplement captifs et les animaux apprivoisés. Les premiers redeviennent *res nullius* par le seul fait qu'ils échappent à notre garde ; pour les seconds, il faut en outre qu'ils aient perdu tout esprit de retour, *animus revertendi.*

Quant aux animaux domestiques, s'ils s'échappent sans esprit de retour, nous en perdons la possession mais non pas la propriété (cf. § 119).

Digitized by Google

CHAPITRE V

Sanction de la propriété.

SECTION I

Propriété quiritaire.

§ 144. — La revendication.

C'est l'action qui protège la propriété dans son élément positif ; elle a pour but de mettre la chose à la disposition du propriétaire en la lui restituant si elle est détenue par un tiers.

1° Le demandeur à la revendication est le propriétaire qui ne possède pas. Pour triompher, il doit faire la preuve plutôt difficile de sa propriété.

2° Le défendeur à la revendication action *in rem* est tout tiers qui possède ou détient la chose et qui fournit la *satisdatio iudicatum solvi*. Mais, en ce qui concerne les simples détenteurs, Constantin a obligé ceux qui tiennent un immeuble au nom d'autrui à nommer leur auteur, c'est-à-dire la personne au nom de laquelle ils tiennent. A la suite de cette *nominatio auctoris*, le demandeur est mis en possession du fonds si l'auteur nommé ne répond pas à la revendication.

Il y a par contre deux cas où le défendeur n'est ni possesseur ni détenteur, *a*) le cas où le défendeur a cessé

Digitized by Google

de posséder par dol, *dolo desiit possidere*, et *b*) celui où il s'est faussement donné comme possesseur pour attirer sur lui le procès, *liti se obtulit*, et en débarrasser le véritable possesseur, son complice.

3° *Résultats de la revendication.*

a) *Droit de rétention.* Le demandeur échoue malgré la preuve de sa propriété chaque fois que le défendeur est fondé à retenir la chose soit en vertu d'un droit réel, usufruit, hypothèque, soit en vertu d'une obligation du demandeur, telle une vente (*exceptio rei venditae et traditae*). Le défendeur a même un droit de rétention réalisé par l'exception de dol, pour certaines impenses faites sur la chose (§ 137). Et pourtant, il ne pourrait avoir pour de telles dépenses, aucune action contre le propriétaire.

Ces dépenses se distinguent en *necessariae*, qui sont indispensables à la conservation de la chose, *utiles*, qui lui procurent une plus-value, *voluptuariae*, qui l'embellissent. Le droit de rétention du chef des *impensae necessariae* appartient à tout possesseur, même à celui de mauvaise foi, depuis la fin de l'époque classique. Pour les dépenses *utiles* seul le possesseur de bonne foi a un droit de rétention. Celui de mauvaise foi n'a de leur chef que le droit d'enlever leur produit, en tant que cela peut se faire sans dégât. Ce *ius tollendi* est le seul droit du possesseur de bonne ou mauvaise foi pour les *impensae voluptuariae*.

b) *Victoire du demandeur.* Le demandeur qui prouve son droit et ne se heurte à aucun droit de rétention obtient gain de cause. Mais le juge, après avoir reconnu son droit dans une *pronunciatio*, ne passe pas immédiatement à la condamnation du défendeur. Les condamnations de la procédure formulaire étaient en effet pécuniaires ; le propriétaire n'aurait obtenu par la condamnation de son adversaire qu'une somme d'argent, et non pas sa chose elle-même. C'est pourquoi le juge, après la *pronunciatio*,

Digitized by Google

invite le défendeur à restituer la chose au demandeur, *arbitrium de restituendo*, et ne le condamne à des dommages-intérêts que faute par lui d'exécuter cet *arbitrium*.

La restitution arbitrée par le juge comprend la chose et ses accessoires, *res cum omni causa*, plus certaines indemnités pour les détériorations.

En ce qui concerne les accessoires, le possesseur de mauvaise foi répond de tous les fruits qu'il a perçus ou qu'il aurait pu percevoir depuis la litiscontestation, *fructus percepti et percipiendi*, et de tous les fruits que le propriétaire aurait pu percevoir depuis que le procès est lié. Il répond des fruits antérieurs à la litiscontestation dans une action spéciale (*condictio*). Quant au possesseur de bonne foi, il ne répondait en droit classique que des fruits qu'il percevait ou qu'il aurait pu percevor depuis la litiscontestation. En droit de Justinien, il répond en outre des *fructus extantes*, des fruits existant encore au moment de la litiscontestation, bien que perçus avant.

En ce qui concerne les détériorations, mêmes distinctions à faire entre bonne et mauvaise foi du possesseur, entre époque antérieure et postérieure à la litiscontestation.

Le possesseur de mauvaise foi répond dès le début de toute détérioration survenue par son dol. Depuis la litiscontestation il répond même du cas fortuit, car il est dès lors en demeure de restituer. Quant au possesseur de bonne foi, il ne répond que des détériorations produites par sa faute après la litiscontestation.

§ 145. — **Action négatoire.**

C'est l'action qui protège la propriété dans son élément négatif ; elle a pour but d'écarter toute ingérence d'autrui, soit qu'un tiers s'attribue à tort une servitude sur la chose, soit qu'un voisin fasse un usage abusif de son droit de propriété (§ 124).

Digitized by Google

Dans son rôle principal, relatif aux servitudes, l'action négatoire sert 1° à constater que la chose du demandeur est libre de la servitude en question ; 2° à garantir le propriétaire contre tout trouble à venir (*cautio de non amplius turbando*); 3° à lui fournir une indemnité pour le trouble passé, si le défendeur était de mauvaise foi.

La propriété se présumant libre, le demandeur n'a pas, dans l'opinion qui nous semble préférable, à prouver l'absence de la servitude, c'est au défendeur d'en prouver la présence.

Section II

Propriété bonitaire et possession de bonne foi.

§ 146. — **Action publicienne.**

L'action Publicienne ne sert plus en droit de Justinien qu'à protéger la possession de bonne foi, la propriété bonitaire ayant été abolie. Elle peut cependant servir au propriétaire, qui la préférera dans certains cas à la revendication pour n'avoir pas à faire la preuve de sa propriété.

L'action Publicienne exige toutes les conditions de l'usucapion sauf le *tempus* et le maintien de la *possessio*. Intentée par un possesseur de bonne foi, elle ne triomphe que contre des possesseurs inférieurs en droit. Elle échoue contre le propriétaire, à moins que le demandeur ne puisse opposer à l'*exceptio dominii* une réplique *rei venditae et traditae* (§ 142 in fine). Elle échoue de même contre un autre possesseur publicien, car il a un droit égal à celui du demandeur. Si cependant les parties tiennent la chose du même auteur et que le demandeur en ait reçu tradition le premier, c'est lui qui l'emporte.

Remarque. Le possesseur publicien a l'action négatoire comme le propriétaire.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE IV

Les servitudes.

CHAPITRE PREMIER

Généralités.

§ 147. — Notion et espèces.

Les servitudes sont des droits réels qui confèrent certains pouvoirs limités sur la chose d'autrui et la font ainsi servir au profit soit d'un fonds déterminé soit d'une personne déterminée. De là leur division en servitudes prédiales et servitudes personnelles.

Cette distinction ne signifie pas que le titulaire de la servitude soit tantôt un fonds, tantôt une personne. Seule une personne peut avoir un droit. La distinction indique seulement que les servitudes prédiales ne peuvent appartenir à une personne qu'en tant qu'elles profitent à un fonds dont elle est propriétaire, tandis que les servitudes personnelles appartiennent à leur titutaire pour son profit personnel. C'est donc avant tout une différence de destination qui sépare les servitudes prédiales des servitudes personnelles.

Les premières ont pour but de remédier au morcellement

Digitized by Google

de la terre en propriétés distinctes et exclusives ; elles écartent les entraves qui peuvent en résulter pour l'utilisation des fonds de terre, en permettant aux propriétaires voisins de se céder réciproquement une portion de leurs pouvoirs exclusifs de propriétaires.

Les servitudes personnelles par contre, par exemple l'usufruit, ont pour but d'assurer à une certaine personne la jouissance plus ou moins complète d'une chose sans lui en donner la propriété.

A cette différence de destination correspondent des différences juridiques considérables :

1° les servitudes prédiales sont perpétuelles comme les fonds, tandis que la durée des servitudes personnelles ne peut dépasser la vie de leur titulaire ;

2° il en résulte que les premières n'accordent que des pouvoirs restreints, tandis que les secondes peuvent être très étendues ;

3° les servitudes prédiales ne peuvent porter que sur un fonds au profit d'un autre, tandis que les personnelles portent aussi bien sur les meubles que sur les immeubles.

Elles ont cependant plusieurs traits communs :

1° Ce sont des droits réels sanctionnés par une action *in rem* commune, l'*actio confessoria.*

2° Ce sont des droits réels sur la chose d'autrui, *iura in re aliena.* En conséquence :

a) elles ne peuvent pas appartenir à un propriétaire sur sa propre chose : *nemini res sua servit ;*

b) elles confèrent un pouvoir sur la chose d'autrui, mais ne sauraient donner le droit à une prestation personnelle du propriétaire de la chose grevée. Elles peuvent empêcher ce propriétaire de faire quelque chose, *servitutes quae in non faciendo consistunt ;* elles peuvent le forcer à souffrir une certaine ingérence du titulaire, *servitutes quae in patiendo consistunt ;* mais elles ne peuvent pas l'obliger à

Digitized by Google

faire quelque chose, *servitus in faciendo consistere nequit.* Seule la servitude de support, *servitus oneris ferendi*, fait exception. Le propriétaire du fonds servant est en effet tenu de maintenir en bon état le mur de support. Cette exception provient de l'ancien droit coutumier.

3° Etablies au profit d'un fonds déterminé ou d'une personne déterminée, les servitudes sont inséparables de ce fonds ou de cette personne. Il en résulte : *a*) qu'à la différence des autres droits réels, elles sont incessibles ; *b*) qu'elles ne peuvent pas faire l'objet d'une nouvelle servitude au profit d'un tiers : *servitus servitutis esse non potest.*

Digitized by Google

CHAPITRE II

Servitudes prédiales.

§ 148. — Classification.

Les servitudes prédiales supposent un fonds au profit duquel elles sont établies, fonds dominant, et un autre fonds sur lequel elles pèsent, fonds servant.

Suivant la qualité rurale ou urbaine (§ 112) du fonds dominant, elles se divisent en servitudes rurales et servitudes urbaines. La même servitude peut donc être rurale ou urbaine suivant le fonds auquel elle profite. Mais comme les unes, destinées aux besoins agricoles de la propriété non bâtie, se rencontrent normalement auprès des fonds ruraux, et que les autres, adaptées aux besoins de la propriété bâtie, accompagnent habituellement les fonds urbains, on peut les classer en rurales et urbaines d'après leur destination ordinaire, abstraction faite de l'application à tel fonds particulier.

Cette classification abstraite nous apprend que les servitudes rurales donnent toujours à leur titulaire un *ius faciendi*, tandis que les urbaines ne l'accordent jamais, mais confèrent soit un *ius habendi* soit un *ius prohibendi*, ce qui est important au point de vue de leur extinction. Nous savons en outre que les servitudes rurales sont les plus anciennes et qu'elles sont seules *res mancipi*.

Digitized by Google

§ 149. — Principes communs.

1° Les servitudes prédiales apportant des restrictions à la propriété individuelle, le droit romain ne les admet que si elles satisfont à un intérêt sérieux et permanent.

En conséquence :

a) Elles doivent être utiles au fonds dominant lui-même et non pas seulement aux besoins personnels de son propriétaire actuel. C'est pourquoi on exige aussi que les deux fonds soient suffisamment rapprochés pour que l'utilité de la servitude paraisse constante au fonds dominant.

b) Les servitudes prédiales doivent avoir un caractère de perpétuité, une *causa perpetua*. C'est pourquoi elles ne peuvent pas être constituées à temps. C'est pourquoi aussi elles ne peuvent être établies à la charge d'un fonds, que s'il est en état d'y satisfaire d'une façon permanente.

2° Les servitudes prédiales sont indivisibles. C'est-à-dire :

a) qu'une fois établies entre deux fonds, elles profitent à toutes les parties du fonds dominant et pèsent sur toutes les parties du fonds servant. Si donc l'un ou l'autre de ces fonds vient à être partagé, la servitude subsiste quant à chacune des parcelles obtenues. Mais naturellement rien n'empêche d'établir dès le début la servitude sur une partie déterminée du fonds dominant ou servant, partie qui est alors considérée comme une entité distincte, indépendante du reste du fonds.

b) Les servitudes prédiales se rattachent à toute la propriété du fonds dominant et restreignent toute la propriété du fonds servant. Elles ne peuvent pas affecter simplement une part indivise de l'un de ces fonds. En conséquence elles ne peuvent ni s'établir ni s'éteindre pour une part indivise. Ainsi, si l'un des fonds est en état d'indivision,

Digitized by Google

une servitude ne peut être établie à sa charge ou à son profit, que du consentement de tous les copropriétaires. Par contre, si l'un des deux fonds entre lesquels une servitude existe déjà, tombe dans l'indivision et que l'une des parts indivises revienne au propriétaire de l'autre fonds, il n'y a pas extinction de la servitude par confusion, car une servitude ne peut pas s'éteindre partiellement.

§ 150. — Principales servitudes prédiales.

Servitudes rurales.

Les plus anciennes sont les droits de passage et le droit d'aqueduc.

1° Les droits de passage sont :

a) l'*iter*, passage pour hommes à pied ou à cheval ;

b) l'*actus*, comprenant l'*iter*, passage pour bétail ;

c) la *via*, comprenant l'*iter* et l'*actus*, passage pour véhicules.

2° *Aquae ductus*, droit de conduire de l'eau par le fonds servant.

Sont de date plus récente :

1° le droit de puisage : *aquae haustus ;*

2° le droit d'abreuvage : *pecoris ad aquam adpulsus ;*

3° droit de pacage : *ius pascendi ;*

4° droit d'extraire du sable du fonds servant, ou d'y faire de la chaux, etc.

Servitudes urbaines.

Elles impliquent soit un *ius habendi*, soit un *ius prohibendi* du titulaire.

1° *Jura habendi :*

a) *ius proiciendi*, droit d'avancer des balcons, des avant-toits, etc., sur le fonds servant ;

b) *ius tigni immittendi*, servitude d'appui, et *servitus oneris ferendi*, servitude de support ;

Digitized by Google

c) *ius stillicidii vel fluminis immittendi*, droit d'écoulement des eaux de pluie.

2° *Jura prohibendi.*

Les principaux sont les droits de jour ou de vue. Ils se subdivisent en :

a) *servitus altius non tollendi*, qui interdit sur le fonds servant les constructions dépassant une certaine hauteur ;

b) *servitus ne luminibus officiatur*, qui interdit de boucher d'une façon quelconque la vue du ciel ;

c) *servitus ne prospectui officiatur*, qui interdit d'entraver une autre vue déterminée.

Remarque. Les servitudes *altius tollendi* et *luminibus officiendi* mentionnées par les textes, semblent n'accorder à leur titulaire qu'un pouvoir déjà compris dans son droit de propriété. Elles s'expliquent par les règlements de police qui empêchaient de bâtir au-delà d'une certaine hauteur sans le consentement du voisin, et de lui boucher le jour.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Servitudes personnelles.

SECTION I

Usufruit.

§ 151. — Notion.

L'usufruit est le droit viager d'user et de jouir de la chose d'autrui sans en toucher la substance : *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*

Le propriétaire d'une chose grevée d'usufruit n'a plus que le droit de l'aliéner. Il est appelé nu-propriétaire et son droit nue-propriété.

Le nu-propriétaire a aussi la possession de la chose et les interdits possessoires. Quant à l'usufruitier, bien que simple détenteur, il a aussi des interdits possessoires. Mais ils concernent la quasi possession de son droit d'usufruit et non la possession de la chose (§ 116 in f.).

L'usufruit peut porter sur des choses corporelles quelconques, pourvu qu'elles soient susceptibles d'être employées ou exploitées sans altération de leur substance.

Seul de toutes les servitudes l'usufruit est divisible, dans ce sens qu'il se divise en quote-parts, s'il a plusieurs titulaires, et qu'il peut s'établir sur une part indivise de

Digitized by Google

la chose. Cela tient à ce que l'élément principal de l'usufruit est le droit aux fruits, lesquels sont une quantité divisible.

§ 152. — Droits de l'usufruitier.

L'usufruit comprend, comme son nom l'indique, l'*usus*, le droit de se servir de la chose, l'usage, et le *fructus*, le droit d'en percevoir les fruits, la jouissance.

L'usufruitier acquiert les fruits *perceptione* (§ 131). Il n'a pas à indemniser le nu-propriétaire pour ses frais de culture antérieurs à l'usufruit. Par contre, les fruits qu'il n'a pas encore perçus à l'expiration de son droit, vont au propriétaire, qui n'a pas non plus à le dédommager de ses frais.

Dans un cas, il est douteux que l'usufruitier devienne propriétaire des fruits dès leur perception, c'est celui des petits d'un troupeau. Leur propriété est, dans ce cas et d'après certains juristes classiques, en suspens, tant que l'usufruitier n'a pas comblé avec eux les vides du troupeau. Alors les petits substitués aux têtes disparues sont acquis au nu-propriétaire, les autres à l'usufruitier.

Remarque. De même que les autres servitudes, l'usufruit est incessible. Mais l'usufruitier peut céder l'exercice de son droit en louant, vendant ou donnant la jouissance de la chose. L'usufruit lui-même n'en reste pas moins attaché à sa personne et s'éteint notamment à sa mort. Le cessionnaire n'acquiert pas un droit d'usufruit ; il est cependant protégé contre tous par le préteur.

§ 153. — Obligations de l'usufruitier.

Le *ius civile* n'imposait aucune obligation spéciale à l'usufruitier. Il n'était tenu ni de conserver la chose en

Digitized by Google

bon état, ni de la restituer au propriétaire à l'expiration de l'usufruit. Il devait simplement respecter la substance de la chose, comme appartenant à autrui. Il répondait en cela de ses délits ; mais c'était là l'application du droit commun, et non de règles propres à l'usufruit.

Le préteur força l'usufruitier à promettre au nu-propriétaire sous la garantie de cautions :

1° d'user de la chose en bon père de famille,

2° de la restituer à la fin de l'usufruit.

La première promesse rend l'usufruitier responsable non pas seulement de ses délits, mais de toute faute, de toute négligence. Elle l'oblige en particulier à maintenir la chose en bon état à ses frais, tant qu'il s'agit de réparations ordinaires.

L'usufruitier qui refuse la *cautio usufructuaria* est dépouillé par le préteur de toute protection juridique. Il est dans l'alternative de *cavere* ou de *carere*.

§ 154. — Quasi-usufruit.

L'usufruit est inapplicable aux choses qui se consomment par le premier usage (§ 113). Il existe pour ces choses, de même que pour les créances, dès le début de l'Empire, un quasi-usufruit. Ce rapport n'a de commun avec l'usufruit que le but économique ; sa structure juridique est toute différente. Ce n'est pas un *ius in re aliena*, car le quasi usufruitier obtient la propriété pour pouvoir consommer. La *substantia rei* n'est pas sauvegardée et la restitution se fait génériquement et non individuellement. Elle peut même se faire de la valeur pécuniaire à laquelle les choses ont été estimées. La seule analogie juridique avec l'usufruit est que le quasi-usufruitier doit aussi fournir une *cautio usufructuaria*, bornée ici à la restitution.

Digitized by Google

Section II

Autres servitudes personnelles.

§ 155. — Usus, habitatio, operae.

1° L'*usus*, l'usage, est l'usufruit sans le *fructus*. Il s'applique surtout à des choses non productives de fruits. Si cependant il est établi sur une chose productive, qui, en dehors de ses fruits, n'offre pas d'utilité appréciable, par exemple un champ, un troupeau, l'usager peut en prendre les produits dans la mesure de ses besoins domestiques.

Autres différences avec l'usufruit : l'exercice de l'*usus* est incessible ; l'*usus* est indivisible.

2° l'*habitatio* et les *operae*, droit d'habiter une maison et droit de jouir des services d'un esclave ou d'un animal, sont des variétés de l'usage et de l'usufruit élaborées par le *ius gentium* de l'Empire. Leurs bénéficiaires ne les perdent pas par le non usage ou la *capitis deminutio*. Ils peuvent en abandonner l'exercice contre un prix, mais non pas gratuitement.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Constitution des servitudes.

§ 156. — Servitudes civiles et servitudes honoraires.

Servitudes civiles.

Ce sont celles constituées entre citoyens romains et sur une chose romaine par l'un des modes civils suivants :

1° par un legs. C'est le mode habituel pour les servitudes personnelles.

2° par l'adjudication du juge dans une action en partage ;

3° par mancipation ou *in iure cessio ;*

La cession en justice par action confessoire imaginaire s'appliquait à toutes les servitudes, la mancipation seulement aux servitudes rurales.

4° par déduction dans une mancipation ou cession en justice portant sur la chose grevée. L'aliénateur de cette chose se réserve la servitude voulue ; l'acquéreur n'obtient la propriété que déduction faite de cette servitude. La mancipation s'applique ici à toutes les servitudes établies sur une *res mancipi.* Quant à la cession en justice, elle s'opère par une revendication imaginaire, et non plus par une action confessoire.

Servitudes honoraires.

Ce sont celles que le droit honoraire reconnaît, mais que le *ius civile* ne sanctionne pas, soit parce qu'elles ne por-

Digitized by Google

tent pas sur une chose romaine, soit parce qu'elles n'ont pas été constituées par un mode civil, soit parce qu'elles ne sont pas établies entre citoyens romains.

1° *Chose non romaine.* Il s'agit ici du sol provincial, sur lequel les servitudes étaient établies *pactionibus et stipulationibus*, c'est-à-dire par des conventions renforcées de stipulations pénales. Ce mode de constitution passa en Italie par l'édit du préteur.

2° *Mode non civil.* A côté des *pactiones et stipulationes*, le préteur admit la constitution des servitudes par *quasi traditio, usu et patientia*, c'est-à-dire par l'exercice de la servitude de la part de l'acquéreur, avec l'acquiescement du constituant.

Remarque. En droit de Justinien les *pactiones et stipulationes* et la quasi tradition sont les seuls modes de constituer volontairement une servitude entre vifs.

3° *Prescription.* L'usucapion des servitudes, admise par l'ancien droit, avait été abolie sous la République par la loi *Scribonia.* Mais, sous l'Empire, le préteur accorda une action utile à celui qui avait exercé une servitude pendant dix ans entre présents, vingt ans entre absents. C'est l'acquisition des servitudes par la prescription, appelée ici *longa quasi possessio.* Elle n'exige ni juste titre ni bonne foi. Il suffit que la servitude n'ait été exercée pendant le délai voulu *nec vi nec clam nec precario.*

Digitized by Google

CHAPITRE V

Extinction des servitudes.

§ 157. — Différents modes.

1° *Disparition d'un élément essentiel.*

a) Disparition de la chose servante, par sa destruction, par sa transformation en *res extra commercium*, ou par la perte qu'elle subit des qualités nécessaires à la servitude, par exemple dessèchement de la source sur laquelle existait un droit de puisage. Pour l'usufruit il suffit d'un changement de la substance, *rei mutatio*, ainsi la transformation d'un fonds bâti en un fonds non bâti par la ruine des constructions.

b) Disparition du fonds qui profite de la servitude prédiale ou du titulaire d'une servitude personnelle. Pour l'usufruit et l'usage il suffisait d'une *capitis deminutio.* L'usufruit en faveur d'une personne juridique ne peut pas durer plus de cent ans.

c) Acquisition de la propriété de la chose servante par le titulaire de la servitude. Ce mode d'extinction s'appelle confusion ; pour l'usufruit on dit consolidation.

2° *Renonciation du titulaire.*

Le *ius civile* exigeait une cession en justice basée sur une action négatoire imaginaire du propriétaire grevé. Le droit prétorien se contente d'une simple convention pour opposer une exception au renonçant.

Digitized by Google

3° *Prescription extinctive.*

a) Les servitudes personnelles et rurales, qui accordent un *ius faciendi*, se prescrivent par le non usage de la part de leur titulaire ;

b) les servitudes urbaines, qui garantissent un état de fait, se prescrivent seulement si le propriétaire grevé a usucapé la liberté de son fonds en le tenant dans un état contraire à la servitude.

Remarque. Le délai de prescription, fixé d'abord à un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles, a été porté par Justinien à dix ans entre présents et vingt ans entre absents.

Digitized by Google

CHAPITRE VI

Sanction des servitudes.

§ 158. — Protection pétitoire et possessoire.

1° *Action confessoire.* Au pétitoire, c'est-à-dire en ce qui concerne le droit, les servitudes civiles sont sanctionnées par l'action confessoire, exacte contre-partie de l'action négatoire (§ 145). Les servitudes prétoriennes sont protégées par une action confessoire utile.

L'action confessoire, basée sur l'*intentio* s'il appert que telle servitude appartient au demandeur, sert :

a) à constater l'existence de la servitude ;

b) à en garantir le titulaire contre tout trouble à venir (*cautio de non amplius turbando*) ;

c) à l'indemniser pour le trouble passé, si le défendeur était de mauvaise foi.

2° *Interdits possessoires.* Les servitudes ne sont pas toutes protégées au possessoire, c'est-à-dire dans leur exercice effectif, abstraction faite du droit et provisoirement. Certaines d'entre elles en effet, n'admettent pas la quasi possession ou *iuris possessio* reconnue pour les autres. Ce sont les servitudes urbaines négatives, les *iura prohibendi.* L'état de fait qu'elles ont pour but de maintenir, par exemple l'absence d'obstacles au jour ou à la vue, peut très bien exister en dehors de toute servitude ; il ne peut donc pas être considéré comme l'exercice d'une ser-

Digitized by Google

vitude. N'admettant pas de possession, ces servitudes n'ont naturellement pas de protection possessoire.

Quant aux autres, leur protection possessoire revêt des formes variées.

a) *Les servitudes personnelles* sont protégées par les interdits possessoires ordinaires rendus *utiliter*, c'est-à-dire avec une modification de la formule. Cette modification était nécessaire parce que les interdits directs appartenaient au propriétaire de la chose servante, seul possesseur de la chose.

b) En matière de *servitudes rurales*, la possession d'un droit de passage est sanctionnée par l'interdit *de itinere actuque privato*. Il protège le demandeur qui a exercé la servitude pendant au moins trente jours dans la dernière année et cela *nec vi nec clam nec precario ab adversario*. Quant à la possession d'un droit d'aqueduc, elle est protégée par l'*interdictum de aqua*, accordé à celui qui a utilisé l'aqueduc au moins une fois dans la dernière année et cela non seulement *nec vi nec clam nec precario*, mais encore de bonne foi.

c) La possession des servitudes urbaines positives, *iura habendi*, est protégée, d'après l'opinion dominante, par l'interdit *uti possidetis* relatif au fonds dominant, car ici contester l'exercice de la servitude, c'est aussi contester la possession du fonds dominant. La servitude d'égout a cependant un moyen spécial, l'interdit *de cloacis*, accordé à quiconque veut nettoyer ou réparer un égout venant de chez lui. Dans l'intérêt de l'hygiène publique, cet interdit ne comporte pas d'exception *vitiosae possessionis*.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE V

Superficie et emphytéose.

§ 159. — Notions générales.

La superficie est le droit réel qui confère le pouvoir de se servir à perpétuité ou à long terme d'une construction située sur sol d'autrui, moyennant une redevance, *solarium* ou *pensio*, payée au propriétaire du sol.

L'emphytéose est le droit réel qui confère le pouvoir de cultiver et de jouir à perpétuité ou à long terme d'un fonds agricole appartenant à autrui, moyennant une redevance, *vectigal* ou *canon*, payée au propriétaire du fonds.

En somme, la superficie et l'emphytéose sont des baux à loyer ou à ferme perpétuels, munis d'effet réel et non pas seulement personnel.

Comme les servitudes personnelles, ce sont des *iura in re aliena* au profit d'une personne. Mais, à la différence de ces servitudes, elles ne sont pas inséparables de l'individualité de leur acquéreur. Non seulement elles ne s'éteignent pas à la mort de leur titulaire et passent à ses héritiers, mais elles sont encore aliénables, elles peuvent être cédées à des tiers.

Des droits permanents sur la chose d'autrui si étendus, sont étrangers à l'ancien *ius civile*, gardien jaloux de la

Digitized by Google

propriété libre et exclusive. Ils sont tous deux de date récente et tirent leur origine d'institutions du droit public.

La superficie a fait son apparition sous la République pour les terres publiques de l'Etat ou d'une cité. Adoptée sous l'Empire par les particuliers, elle n'engendrait au début aucun droit réel, mais était pourtant protégée au possessoire par l'*interdictum de superficie*. Elle devint un véritable droit réel lorsque le préteur accorda au superficiaire une *rei vindicatio utilis* recevable contre tous.

Quant à l'emphytéose, elle dérive de deux institutions publiques fondues en une seule par Justinien, qui l'a rendue accessible aux particuliers. Ces deux institutions sont :

1° la *conductio agri vectigalis*, bail héréditaire des terres appartenant à une cité. Le préteur accordait au *conductor* les interdits possessoires ordinaires et une revendication utile ;

2° l'ἐμφύτευσις, de date plus récente, bail héréditaire des terres de l'Empereur.

La superficie et l'emphytéose s'établissent par la tradition du fonds ou peut-être déjà par la simple convention.

Le superficiaire et l'emphytéote n'ont pas seulement une revendication utile, mais aussi une action négatoire utile. Ils peuvent aliéner leur droit et grever le fonds d'hypothèques ou de servitudes, valables dans les limites de leur droit. L'emphytéote a en outre la possession du fonds et acquiert les fruits comme un propriétaire, *separatione*. Son droit s'éteint s'il ne paie pas sa redevance pendant trois ans. En cas d'aliénation de l'emphytéose, le propriétaire doit être averti et a le choix entre un droit de préemption ou une taxe de 2 % sur le prix.

Digitized by Google

TITRE VI

Droit de gage.

CHAPITRE PREMIER

Généralités et histoire.

§ 160. — Garantie des créances, droit de gage.

Le créancier qui craint l'insolvabilité de son débiteur, a deux moyens principaux de garantir sa créance :

1° il peut exiger des sûretés personnelles, c'est-à-dire des cautions qui s'obligent à côté du débiteur ;

2° il peut préférer des sûretés réelles, c'est-à-dire se faire donner un pouvoir direct sur une chose spécialement affectée à la garantie de la créance par le débiteur ou un tiers.

Le droit de gage est la plus parfaite des sûretés réelles. C'est, dans sa forme dernière, le droit réel accordé à un créancier sur la chose d'autrui, en vertu duquel il peut, faute de paiement à l'échéance, se satisfaire sur la valeur de la chose en la vendant.

Le droit de gage est un droit réel, c'est-à-dire qu'il porte directement sur la chose et subsiste contre tout propriétaire nouveau de celle-ci. Mais c'est un droit réel d'une nature toute spéciale, car il a un caractère accessoire. Il n'existe

Digitized by Google

pas pour lui-même, mais pour la créance qu'il garantit. Aussi s'éteint-il avec cette dernière et n'accorde-t-il aucun usage ou aucune jouissance permanente de la chose. Il confère seulement le droit d'en disposer éventuellement et se consomme par le fait même qu'il s'exerce.

§ 161. — **Aperçu historique.**

Le droit romain n'est arrivé qu'à la fin de l'époque classique à cette notion développée du droit de gage. L'évolution a été retardée par la préférence des Romains pour les sûretés personnelles. Cette préférence, qui s'explique par l'élément de garantie morale contenu dans le cautionnement, s'est maintenue jusqu'à l'époque classique.

En fait de garanties réelles, l'ancien droit n'avait que deux institutions où le droit réel de gage fait défaut, la fiducie et le gage proprement dit, *pignus*.

1° *Fiducie* (§ 16). C'est une garantie réelle par transfert de la propriété au créancier. La chose donnée en fiducie était aliénée au créancier au moyen d'une mancipation ou d'une cession en justice accompagnée d'un *pactum fiduciae*, par lequel le créancier s'engageait à retransférer la chose après avoir été payé de sa créance.

2° *Pignus*. C'est la garantie réelle par nantissement, c'est-à-dire par remise de la possession. Le gage est livré au créancier pour le retenir jusqu'à entière satisfaction. Le préteur protégeait le créancier gagiste au moyen des interdits possessoires et au moyen d'une *exceptio pignoris* opposable à la revendication de celui qui avait constitué le gage. Mais le créancier dépossédé n'avait aucune action contre les tiers, aucun droit réel.

Ce système primitif de sûretés réelles présente des inconvénients évidents. La fiducie sacrifiait le débiteur au créancier, en accordant à ce dernier tous les droits du

Digitized by Google

propriétaire. L'*actio fiduciae* ne le protégeait qu'imparfaitement, car, action personnelle, elle était recevable contre le créancier seul. Le débiteur n'avait aucune action contre les tiers auxquels le créancier aurait aliéné la chose en vertu de son droit de propriété. Il n'avait contre eux que le recours à la force pour essayer de se mettre en possession et bénéficier ainsi de l'*usureceptio fiduciae* (§ 140). Quant au *pignus*, il sacrifiait au contraire le créancier, en ne lui donnant pas une sûreté suffisante.

Les deux institutions avaient en outre le défaut commun de déposséder le débiteur et de le priver par là de la jouissance de la chose. Enfin, elles épuisaient d'un seul coup le crédit qu'il aurait pu tirer de la chose, car il ne pouvait pas l'engager à plusieurs créanciers, la propriété et la possession ne pouvant pas appartenir pour le tout à plusieurs personnes à la fois.

Tous ces inconvénients sont écartés dans une forme nouvelle de sûreté qui accorde au créancier un droit réel autre que la propriété et indépendant de la possession du gage. Cette forme nouvelle est l'hypothèque, qui accorde au créancier un droit réel de gage, tout en laissant le débiteur en possession de la chose hypothéquée.

L'hypothèque fut adoptée par le droit romain au début de l'Empire sous l'influence des usages grecs. Mais son point de départ est une institution romaine qui lui a donné une forme originale et nouvelle. Les fermiers romains avaient l'habitude d'engager à leur bailleur, en garantie de sa créance de fermage, tous les biens meubles qu'ils introduisaient sur le fonds loué par eux, tous les *invecta et illata*. Il y avait là un engagement sans remise de la possession au créancier, donc une véritable hypothèque. Cet engagement, d'abord dépourvu de sanction juridique, fut reconnu par le préteur dès le début de l'Empire. Le bailleur obtint en premier lieu l'*interdictum Salvianum*

Digitized by Google

contre son fermier, pour lui permettre de saisir les meubles emportés par ce dernier. Mais ce moyen était insuffisant, car il n'atteignait que le fermier. Aussi le préteur accorda-t-il bientôt après au bailleur une action *in rem*, recevable contre tout détenteur des meubles engagés par le fermier, l'*action Servienne*. Avec cette action, un véritable droit réel de gage était créé ; l'hypothèque devenait ainsi, au moins pour le cas d'engagement des *invecta et illata* du fermier, un droit réel reconnu et sanctionné. Elle le devint d'une façon générale par l'extension à tous les cas d'engagement hypothécaire de l'action Servienne, sous le nom d'action *quasi Servienne* ou *Servienne utile* ou de *formula hypothecaria*. Cette action s'applique aussi au simple *pignus*, car il implique une convention préalable d'hypothèque.

Remarque. La fiducie et le *pignus* ne donnaient pas en eux-mêmes au créancier le droit de se satisfaire sur la chose reçue en garantie. Le créancier était simplement autorisé à la garder jusqu'à parfait paiement. Ces sûretés réelles ne donnaient donc qu'un moyen de contrainte destiné à amener le débiteur au paiement.

L'hypothèque elle-même conserva au début ce caractère. Les actions hypothécaires n'ont d'autre but que de fournir au créancier la possession et de le mettre ainsi dans la position d'un créancier gagiste ordinaire. Il aura un droit de rétention, mais aucun droit de vente. Ce dernier droit ne lui appartient que s'il a été expressément prévu dans la convention d'hypothèque au moyen d'un *pactum de vendendo*. Cependant, ce pacte, employé aussi en matière de fiducie, devint d'un usage si fréquent dans le *pignus* et l'hypothèque, qu'on finit par le considérer comme sous-entendu. Le droit de vente devint dès lors un élément naturel du droit de gage, Justinien en fit un élément essentiel, c'est-à-dire qui ne pouvait pas être écarté par une convention contraire.

Digitized by Google

Une autre clause destinée à la satisfaction directe du créancier, la *lex commissoria*, fut interdite par Constantin comme pouvant prêter à l'usure. C'était une clause de déchéance permettant au créancier, faute de paiement à l'échéance, de s'approprier le gage en compensation de sa créance.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Conditions requises.

§ 162. — Eléments essentiels.

Le droit de gage suppose nécessairement une créance qu'il garantisse et un objet sur lequel il porte.

1° *Créance*. Ce peut être une créance quelconque, pourvu qu'elle existe juridiquement, au moins comme obligation naturelle.

2° *Objet*. Le droit de gage n'ayant été d'abord qu'un droit à la possession, ne pouvait porter que sur des choses corporelles. Mais il suffisait d'une *res in commercio* quelconque, que cela soit un meuble ou un immeuble. En droit moderne par contre, l'hypothèque ne peut porter que sur un immeuble. Plus tard, lorsque le droit de vente devint l'élément principal du droit de gage, ce dernier put s'établir aussi sur des choses incorporelles, sur des droits, pourvu qu'ils fussent aliénables, soit en eux-mêmes, comme les créances, soit quant à leur exercice, comme l'usufruit. L'engagement des créances en particulier, reçut un très grand développement. Ce *pignus nominis* donne à son titulaire le double droit, soit de vendre la créance hypothéquée, soit d'en exiger le paiement du tiers débiteur. Ce paiement obtenu, le créancier hypothécaire peut se satisfaire directement si c'est une somme d'argent. S'il porte sur un autre objet, le créancier le garde à titre de gage.

Digitized by Google

Remarque. A la différence de l'hypothèque moderne qui est toujours spéciale, l'hypothèque romaine peut être générale, c'est-à-dire porter sur une universalité de biens non individuellement déterminés, sur toute la fortune du débiteur.

§ 163. — Sources.

Le droit de gage prend sa source soit dans des modes volontaires, soit dans des modes involontaires de constitution.

1° *Modes volontaires.* A côté du testament, la simple convention est le mode principal de constituer volontairement un droit de gage, soit qu'elle existe seule, hypothèque, soit qu'elle précède la livraison du gage, *pignus.* L'hypothèque moderne par contre ne peut pas s'établir par simple convention ; elle exige l'inscription dans des registres publics. C'est le principe de la publicité du régime hypothécaire, opposé à la clandestinité du régime romain.

Pour que la constitution d'hypothèque soit valable, il faut naturellement qu'elle émane d'une personne ayant pouvoir d'hypothéquer la chose. Normalement, le constituant du gage doit être propriétaire de la chose ; il suffit ici de la propriété bonitaire. Mais le superficiaire, l'emphytéote et le possesseur publicien peuvent aussi constituer des hypothèques qui seront valables dans les limites de leurs droits. On peut aussi hypothéquer valablement la chose d'autrui, sous la condition que l'on en deviendra propriétaire. Bien plus, l'engagement pur et simple de la chose d'autrui, qui devrait être absolument nul faute d'objet, a fini par être validé après coup, lorsque le constituant du gage aura acquis la propriété de la chose ou que le propriétaire lui aura succédé.

Digitized by Google

2° *Modes involontaires.*

a) *Décision de l'autorité judiciaire.* Deux cas : le *pignus praetorium*, résultant d'une prise de possession à la suite d'une *missio in possessionem* du préteur, et le *pignus ex causa iudicati captum*, résultant de la saisie des biens d'un débiteur condamné dans la procédure extraordinaire.

b) *Décision de la loi.* Le droit romain, dont les principes individualistes voulaient que le citoyen disposât lui-même de ses droits, n'admit que tardivement des hypothèques légales. Elles se sont introduites à la fin de l'époque classique et sous l'empire byzantin. Même alors on les ramenait théoriquement à la volonté de l'individu, en disant qu'elles résultaient de son consentement tacite, bien qu'en réalité elles fussent l'effet exclusif de la loi.

Ces hypothèques légales ou tacites sont spéciales ou générales.

Sont spéciales : dans le bail à loyer, l'hypothèque légale du bailleur sur les meubles du locataire introduits dans l'appartement loué, et dans le bail à ferme, l'hypothèque légale du bailleur sur les fruits perçus par le fermier. Quant à l'hypothèque du bailleur rural sur les *invecta et illata* du fermier, elle doit être établie par convention.

Sont générales :

l'hypothèque légale du fisc sur les biens de ses débiteurs ;

celle des mineurs et des fous sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs ;

celle des enfants sur les biens de leur père pour leur garantir la restitution de l'héritage maternel ;

celle de la femme sur les biens du mari pour sa dot et pour les paraphernaux confiés au mari.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Effets du droit de gage.

§ 164. — Droits du créancier unique.

Le propriétaire qui a engagé sa chose en conserve la propriété. Il peut en disposer et l'aliéner valablement. Si cependant il vend, sans le consentement du créancier, un meuble spécialement engagé, il commet un *furtum*. Il peut aussi engager la même chose à d'autres créanciers, sauf à encourir la peine du stellionat, escroquerie, s'il ne les avertit pas qu'elle est déjà engagée. Mais ce paragraphe est réservé au cas d'un seul engagement.

1° Le premier droit du créancier unique est le droit à la possession. Il lui est conféré immédiatement dans le *pignus* et à l'échéance dans l'hypothèque.

Le droit à la possession implique un droit de suite, c'est-à-dire le droit de poursuivre la chose engagée entre les mains de tout possesseur. Ce droit est sanctionné par l'action quasi-servienne, recevable dès que la créance est échue et n'a pas été payée.

Une fois en possession du gage, le créancier peut le retenir jusqu'au paiement de la créance garantie. Gordien décida même que, vis-à-vis du constituant du gage, le créancier aurait un droit de rétention pour ses autres créances simplement chirographaires.

Le créancier en possession du gage n'en a pas l'usage

Digitized by Google

et la jouissance. Il commet un *furtum usus* s'il s'en sert pour son compte. Le débiteur peut cependant céder au créancier les fruits de la chose en guise d'intérêts pour sa créance. C'est le pacte d'antichrèse. L'antichrèse est de droit lorsqu'une chose productive de fruits a été engagée pour une créance d'argent qui ne porte pas d'intérêts.

2° Le créancier a le droit de vendre le gage, et de se payer sur le prix obtenu, dès que sa créance est échue et que le débiteur a été mis inutilement en demeure de payer. Ce droit de vente, le créancier peut l'exercer comme il l'entend. Le droit romain ne sauvegarde pas les intérêts du débiteur comme le droit moderne, par une vente publique aux enchères.

Si le prix de vente est inférieur à la créance garantie, celle-ci subsiste pour le reste. S'il est supérieur le créancier est tenu de restituer l'excédent au débiteur gagiste, qui a de ce chef l'*actio pigneraticia directa*.

La vente du gage par le créancier présente certaines particularités :

a) Elle fait acquérir la propriété à l'acheteur, bien que le vendeur ne soit pas lui-même propriétaire. Cette propriété est acquise à l'acheteur libre du droit de gage en vertu duquel la chose a été vendue.

b) Le créancier vendeur n'est responsable de l'éviction de l'acheteur résultant d'un défaut dans le droit du constituant du gage, ainsi lorsque ce dernier n'était pas propriétaire, que s'il a expressément assumé cette responsabilité ou qu'il ait commis un dol en cachant sciemment à l'acheteur le défaut de droit à lui connu. Mais en dehors de ces deux cas; c'est le débiteur gagiste qui répond d'une telle éviction ; il a en effet profité de la vente en se trouvant libéré de sa dette jusqu'à concurrence du prix.

Remarque. Un caractère important du droit de gage et de ses effets c'est leur indivisibilité. Elle signifie que cha-

Digitized by Google

que partie du gage répond de la dette entière et que le gage entier répond de chaque partie de la dette. Ainsi d'une part, plusieurs héritiers du débiteur qui ont partagé le gage entre eux, répondent chacun hypothécairement de toute la dette, c'est-à-dire que chacun d'eux n'échappe à l'action hypothécaire qu'en payant la dette entière. D'autre part, un paiement partiel laisse subsister intact le droit de gage sur toute la chose pour le reste de la créance.

§ 165. — Concours de plusieurs hypothèques.

Lorsque plusieurs hypothèques ont été constituées sur une même chose, elles ne peuvent pas avoir toutes une force égale. Elles se rangent hiérarchiquement suivant un ordre de préférence qui modifie considérablement leurs effets. Seul le créancier premier en rang a ses droits sans restriction. Les créanciers inférieurs en rang voient leurs droits restreints par ceux des créanciers supérieurs. Leur droit de suite ne peut pas s'exercer contre ces créanciers, tandis que celui de ces derniers est efficace contre eux. Quant au droit de vente, ils ne l'ont pas en tant que créanciers hypothécaires. Ils peuvent cependant vendre la chose hypothéquée, comme chacun peut vendre la chose d'autrui. Mais cette faculté est purement illusoire, car en la vendant, ils ne libèrent naturellement pas la chose des hypothèques supérieures à la leur ; dès lors le créancier d'un rang supérieur peut reprendre la chose à l'acheteur, et celui-ci aura un recours contre son vendeur, car l'éviction résulte ici d'un défaut dans le droit du vendeur lui-même, et non pas dans celui du constituant. Tout cela rendait pratiquement impossible la vente du gage par les créanciers qui n'avaient pas le premier rang.

Quant à la vente du gage par le créancier premier en rang, elle éteint toutes les hypothèques inférieures sur la

Digitized by Google

chose, mais leurs titulaires ont un droit de préférence sur le prix, en tant qu'il excède la première créance. C'est à eux et en suivant leur rang que le premier créancier doit remettre cet excédent et non au constituant du gage.

Ce droit à l'excédent du prix peut être illusoire si le créancier premier en rang procède à la vente à un moment défavorable. Aussi l'un quelconque des créanciers inférieurs peut-il l'en empêcher en lui payant sa créance hypothécaire et en prenant ainsi sa place, ce qui lui permet de vendre comme et quand il veut. C'est le *ius offerendi et succedendi.*

Le rang des hypothèques se détermine normalement d'après leur date, la plus ancienne primant les plus récentes. C'est la règle *prior tempore potior iure*, application du principe qu'on ne peut donner plus qu'on n'a.

Cette règle fut modifiée par l'empereur Léon, qui pour écarter les hypothèques frauduleusement antidatées, décida que l'hypothèque établie devant l'autorité publique ou devant trois témoins, primerait l'hypothèque constatée par un acte privé, cet acte portât-il même une date antérieure. Mais la principale dérogation à la règle *prior tempore potior iure* se trouve dans les hypothèques privilégiées, lesquelles passent avant les non privilégiées même plus anciennes. Deux de ces hypothèques privilégiées sont légales et générales, ce sont celle du fisc pour les impôts et celle de la femme pour sa dot. Une autre est conventionnelle et spéciale, c'est celle donnée sur une chose déterminée en garantie des créances résultant de dépenses faites pour conserver ou améliorer cette chose. Ce privilège est basé sur une *versio in rem.*

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Sanction du droit de gage.

§ 166. — Action hypothécaire.

L'action hypothécaire ou quasi-servienne a pour but de procurer au créancier la possession de la chose hypothéquée. C'est une action prétorienne avec formule *in factum concepta*. Elle ne pose pas au juge une question de droit, mais des questions de fait : y a-t-il eu convention d'hypothèque ? le constituant était-il propriétaire ? la créance garantie n'est-elle pas déjà satisfaite ?

1° Le *demandeur* est tout créancier hypothécaire qui ne possède pas. Il doit prouver son droit en établissant qu'il y a eu convention d'hypothèque et que le constituant était propriétaire.

2° Le *défendeur* est tout possesseur ou détenteur de la chose hypothéquée, ou celui qui a cessé de posséder par dol.

3° *Résultats*. La preuve du droit du demandeur n'est pas suffisante pour le faire triompher, si le défendeur peut lui opposer une *exceptio paris vel melioris pignoris*. Mais si le défendeur n'a aucune exception, le juge l'invite, dans un *arbitrium de restituendo*, à payer la créance garantie ou à abandonner la chose au demandeur ; il ne le condamne que faute par lui d'exécuter cet *arbitrium*. Si cependant il s'agit d'un défendeur autre que le débiteur, il

Digitized by Google

n'est tenu de payer la créance que moyennant cession de toutes les actions du demandeur relatives à la créance. C'est le ***beneficium cedendarum actionum.***

Remarque. Au possessoire, le créancier a les interdits ordinaires dès qu'il a acquis la possession. Il paraît en outre probable que l'***interdit Salvien***, spécialement créé pour le bailleur contre son fermier, a été étendu contre tout débiteur hypothécaire pour procurer provisoirement au créancier la possession des gages qu'il n'a pas encore possédés.

Digitized by Google

CHAPITRE V

Extinction du droit de gage.

§ 167. — Différents modes.

Le droit de gage a deux modes particuliers d'extinction :

1° la vente du gage par le premier créancier. Elle éteint le droit de gage du vendeur et tous les droits de gage inférieurs.

2° L'extinction de la créance garantie. Elle entraîne par voie de conséquence l'extinction du droit de gage.

Il est des cas cependant où l'hypothèque d'une créance éteinte se transfère avec son rang sur une nouvelle créance. Cela a lieu lorsque cette nouvelle créance a servi à éteindre l'ancienne. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui la subrogation hypothécaire. Elle se présente :

a) Lorsqu'un créancier inférieur a exercé son *ius offerendi*.

b) Lorsque quelqu'un prête au débiteur de quoi désintéresser le créancier premier en rang et se fait donner pour ce prêt l'hypothèque du créancier remboursé.

c) Lorsqu'une créance est novée par changement de débiteur, et que le propriétaire du gage accorde à la nouvelle créance l'hypothèque de l'ancienne.

d) Lorsque l'acquéreur d'une chose hypothéquée a fait employer le prix payé par lui à rembourser les premiers

Digitized by Google

créanciers. Il prend alors leur rang, bien que devenu propriétaire.

Outre ces modes particuliers, le droit de gage s'éteint :

1° comme tout *ius in re aliena*, par confusion ;

2° comme tout droit réel, par la destruction de son objet;

3° comme tout droit, par la renonciation de son titulaire. Cette renonciation peut être tacite, ainsi quand le créancier consent à la vente du gage par le débiteur sans se réserver son droit de gage, de même, depuis Dioclétien, lorsque, après sommation par des affiches publiques, annonçant la prochaine vente du fonds hypothéqué, le créancier ne se présente pas ;

4° par la prescription. L'usucapion par un tiers de la chose hypothéquée ne porte pas atteinte au droit de gage. Par contre, lorsqu'un tiers acquiert la chose dans l'ignorance du droit de gage qui la grève, il la libère de ce droit par une prescription de dix ou vingt ans. Quant au possesseur qui connaît le droit de gage, il ne peut invoquer que la prescription extinctive de l'action hypothécaire. Le délai de cette prescription est porté de trente à quarante ans si le possesseur est le débiteur lui-même.

Digitized by Google

LIVRE VII

—

Droit des obligations.

Digitized by Google

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE

—

Partie générale.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE PREMIER

Notions générales.

CHAPITRE PREMIER

Notion de l'obligation.

SECTION I

Introduction.

§ 168. — **Définition et rôle de l'obligation.**

Définition de Justinien : « L'obligation est un lien de droit qui nous astreint à la nécessité de payer quelque chose conformément au droit de notre cité. »

Définition de Paul : « L'essence des obligations n'est pas de nous attribuer la propriété ou une servitude sur un objet, mais bien de contraindre une autre personne à nous donner quelque chose ou à faire quelque chose pour nous ou à nous garantir un certain résultat. »

En combinant ces deux définitions nous voyons que l'obligation consiste en un devoir juridique imposé à une personne en faveur d'une autre. Nous pouvons donc définir l'obligation de la manière suivante : l'obligation est un

Digitized by Google

rapport de droit entre un créancier et un débiteur, en vertu duquel le créancier peut exiger une prestation du débiteur.

Cette définition contient trois éléments :

1° les sujets de l'obligation, le sujet actif, créancier, et le sujet passif, débiteur ;

2° un objet, la prestation ;

3° une sanction, puisque sans sanction, l'obligation ne serait pas un rapport de droit.

L'obligation est une institution du droit développé. La société primitive s'en passe sans inconvénients. Les obligations délictuelles, c'est-à-dire celles qui naissent d'un délit, n'existent pas encore ; l'auteur du délit est abandonné à la vengeance du lésé. Quant aux obligations contractuelles, c'est-à-dire issues d'un contrat, leur nécessité ne se fait pas encore sentir. A l'origine les contrats sont inconnus, ou du moins ils sont très rares et n'engendrent aucune obligation. Cela tient au genre de vie et à l'organisation sociale des peuples primitifs. Ainsi, les anciens Romains vivaient de l'agriculture ; le chef de famille avait à sa disposition tout ce qui était nécessaire à la culture de ses terres ; la maison romaine avec ses esclaves conquis à la guerre, avait en elle-même un mécanisme suffisant à ses besoins ordinaires ; avec le régime de communauté de la famille, les divers membres de celle-ci se procurent les uns aux autres les services dont ils ont besoin. Fallait-il cependant s'adresser au dehors pour avoir des instruments de travail, des bestiaux, alors l'opération se faisait sous forme de troc au comptant ; l'échange immédiat d'un produit contre l'autre constituait toute la transaction, sans qu'il y eût création d'obligations.

Plus tard, avec le développement du commerce, avec l'apparition de besoins nouveaux résultant de la disparition des anciennes communautés familiales, de la division

Digitized by Google

du travail et de la variété, de la complexité d'une vie sociale plus avancée, les transactions se multiplient, le troc fait place aux opérations de crédit, et le droit des obligations prend une importance toujours grandissante. C'est ainsi qu'il s'est développé peu à peu à Rome pour aboutir, sous l'Empire, à un système qui est à la base de nos codes modernes.

Section II

Les sujets de l'obligation.

§ 169. — **Personnalité de l'obligation.**

Les Romains voient dans l'obligation un lien essentiellement personnel, individuel, qui ne peut pas être séparé de la personne des sujets entre lesquels il a pris naissance. C'est le principe de la personnalité des obligations.

Les conséquences de ce principe sont que l'obligation ne peut 1° ni être cédée par le créancier, 2° ni être transmise aux héritiers, 3° ni être acquise par représentation.

1° En ce qui concerne la cession des obligations, le *ius civile* l'excluait totalement. L'obligation étant un lien essentiellement personnel, le créancier ne peut pas détacher la créance de sa personne pour la céder à une autre. Pour obtenir un résultat équivalent au transfert, on était obligé d'avoir recours à la novation. Sur la délégation du créancier, le débiteur promet au créancier nouveau ce qu'il doit à l'ancien. De cette façon la créance du cédant est éteinte et le cessionnaire obtient une créance nouvelle ayant le même objet. Le résultat du transfert est atteint, mais le procédé employé est la négation d'un transfert, puisqu'il implique le remplacement de l'ancienne créance par une

Digitized by Google

nouvelle et non le passage d'une même créance d'un titulaire à l'autre.

Dans le droit postérieur, nous trouvons un second procédé imaginé par le préteur, le mandat judiciaire. Il est employé de la façon suivante : le représentant en justice, *cognitor* ou *procurator*, est autorisé à garder pour lui le montant de la créance dont il est chargé d'opérer le recouvrement. C'est la *procuratio in rem suam*, c'est-à-dire pour son propre compte. Ici aussi on atteint le résultat d'un transfert sans qu'il y ait une véritable cession. Le créancier cédant reste le titulaire de la créance, puisqu'il n'a donné que le pouvoir de la poursuivre en justice, sans céder son droit lui-même.

2° Dans le très ancien droit, les obligations étaient intransmissibles aux héritiers. Elles s'éteignaient par la mort du débiteur ou du créancier. Ce système, possible à une époque où les obligations étaient très rares et à brève échéance, devenait impossible avec le développement du commerce. Il n'y a pas de crédit possible si la mort délie des dettes. Aussi trouvons-nous déjà dans les XII Tables la transmission des obligations contractuelles aux héritiers du créancier et du débiteur.

Les juristes romains concilièrent cette règle nouvelle avec le principe de la personnalité des obligations, au moyen de la célèbre fiction que l'héritier continue et représente la personne du défunt. Grâce à cette fiction, l'obligation transmise à l'héritier n'est pas considérée comme séparée de la personne du défunt en qui elle a pris naissance, puisque l'héritier est censé la même personne que lui. De cette façon, le principe de la personnalité des obligations est respecté.

La fiction de l'héritier continuateur de la personne du défunt est d'une importance capitale pour le développement historique du droit de succession à Rome. C'est elle qui a

Digitized by Google

fait concevoir l'hérédité comme la succession à tous les rapports de droit du défunt. Continuateur de la personne même du défunt, l'héritier est obligé comme l'était ce dernier, c'est-à-dire indéfiniment, même au delà de l'actif héréditaire, *ultra vires successionis ;* il succède au passif aussi bien qu'à l'actif du patrimoine héréditaire. C'est le principe de l'universalité de la succession héréditaire, principe que les législations modernes ont emprunté au droit romain.

3° L'obligation ne peut pas être acquise par représentation.

Nous avons déjà étudié ce point au § 55, auquel nous renvoyons.

Section III

L'objet de l'obligation.

§ 170. — **La prestation en général.**

La prestation du débiteur est l'objet juridique de l'obligation.

Elle peut consister en une action positive du débiteur, — en un acte qu'il doit accomplir, ou en une action négative, — en une abstention. Dans le premier cas nous avons un faire, dans le second un ne pas faire. Ce dernier terme se subdivise en deux catégories : d'une part l'abstention pure et simple du débiteur, et d'autre part l'abstention du débiteur en relation avec certains actes du créancier, l'abstention impliquant un souffrir de la part du débiteur. Ainsi, souffrir, ne pas faire, faire, tels sont les trois aspects que peut théoriquement présenter la prestation.

Les Romains font une distinction toute différente, em-

Digitized by Google

pruntée à leur procédure ; ils divisent les diverses prestations en trois catégories : *dare*, *facere*, *praestare*.

Dare, c'est transférer la propriété, constituer un droit réel ;

facere, c'est faire un autre acte quelconque :

praestare, c'est garantir un certain résultat, répondre de quelque chose, par exemple *praestare dolum*, *culpam*, *periculum*, *casum*.

La nature de la prestation exerce une grande influence sur l'obligation dont elle est l'objet. C'est elle, nous le verrons, qui détermine la distinction des obligations en divisibles et indivisibles, en spéciales et génériques, etc.

§ 171. — Obligation et droit réel.

Par opposition aux droits réels, les droits d'obligation s'appellent droits personnels, et les termes réel et personnel donnent la clef de la distinction.

L'objet des droits réels est une puissance sur une chose; l'objet des droits personnels est une prestation du débiteur.

Les droits réels, *iura in re*, établissent donc un rapport entre une personne et une chose ; les droits personnels, entre une personne et une autre.

La prestation du débiteur est le plus souvent la remise d'une chose, cependant le créancier n'acquiert comme tel, aucun droit sur cette chose ; il peut seulement l'exiger du débiteur. C'est ce qu'indique la définition de Paul (§ 168). Ainsi, l'obligation ne peut porter sur une chose que médiatement, par l'intermédiaire de la personne du débiteur ; le droit réel au contraire s'exerce toujours sur la chose immédiatement, sans l'intermédiaire de personne, car il confère un pouvoir direct sur la chose.

A ces différences dans l'objet du droit correspondent des différences dans les effets :

Digitized by Google

1° *Droit de suite.* Le droit réel est un droit absolu, c'est-à-dire valable envers tout le monde. Il suppose nécessairement l'obligation imposée à tout le monde de respecter le pouvoir conféré à son titulaire. Aussi tout droit réel est-il accompagné du droit de suite, c'est-à-dire du droit pour son titulaire de suivre partout et de revendiquer entre les mains de n'importe qui, la chose sur laquelle porte son droit.

Le droit personnel par contre est un droit relatif. Il garantit au créancier à l'égard de son débiteur, et seulement à l'égard de son débiteur, l'accomplissement d'une prestation. En conséquence, le créancier ne peut s'adresser, pour l'exécution de l'obligation, qu'à son débiteur ; il n'a aucun droit de suite. Son action est *in personam*, tandis que celle du titulaire d'un droit réel est *in rem*.

2° *Droit de préférence ou d'exclusion.* Le droit réel conférant un pouvoir direct sur la chose envers et contre tous, il est, de sa nature, essentiellement exclusif de tout autre droit égal qui viendrait en conflit avec lui. Aussi plusieurs droits réels ne peuvent-ils pas coexister sur une même chose avec la même force et la même portée. L'un exclurait nécessairement l'autre. Ils ne peuvent coexister qu'en ayant un objet différent ou en se rangeant hiérarchiquement. Comment se fera le classement ?

Lorsque je constitue un droit réel sur une chose déjà grevée d'un autre droit réel au profit d'un tiers, mon pouvoir sur la chose est limité par ce premier droit réel, qui vaut envers et contre tous ; or, comme personne ne peut donner plus qu'il n'a, le nouveau droit réel ne peut nuire en rien à celui qui existait déjà ; il lui est subordonné. Le classement des droits réels se fait donc d'après la date de leur constitution. Le plus ancien est préféré au plus récent. Par exemple, le premier créancier hypothécaire est préféré au deuxième, le deuxième au troisième, et ainsi de suite.

Digitized by Google

Mais pour les obligations, rien ne s'oppose à ce qu'un même droit de créance appartienne en même temps à plusieurs personnes envers le même débiteur et avec la même force. En effet, l'objet de l'obligation, la prestation du débiteur, est susceptible en principe de se multiplier indéfiniment. Aussi, lorsqu'un même débiteur promet la même prestation à plusieurs personnes successivement, il en résulte plusieurs créances de valeur et de force égales, parce qu'elles peuvent coexister sans se nuire et sans s'exclure réciproquement. Il n'y a alors entre elles aucune raison de préférence, la première en date n'est pas préférée aux autres. En cas d'insolvabilité du débiteur, les différents créanciers sont traités sur le pied d'égalité, chacun d'eux reçoit une somme proportionnelle au montant de sa créance, un dividende. En d'autres termes, la liquidation des droits d'obligation s'opère en principe non pas hiérarchiquement, mais bien par contribution, au marc le franc.

Section IV

La sanction de l'obligation.

§ 172. — **L'action et le procès.**

Le droit que l'obligation confère au créancier ne serait pas un droit s'il ne lui permettait pas, à défaut d'exécution volontaire, de forcer le débiteur à le satisfaire. L'obligation doit donc être accompagnée d'une sanction, d'un droit de contrainte dirigé contre le débiteur.

Cette sanction, c'est l'*action*, c'est-à-dire le moyen de droit accordé au créancier pour intenter un procès au débiteur infidèle et obtenir sa condamnation. ***Actio nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.***

Digitized by Google

Chaque obligation est accompagnée d'une action spéciale. Aussi les juristes romains n'envisagent-ils la créance qu'au point de vue de l'action qui la sanctionne.

Le procès n'est cependant pas le moyen ordinaire de réaliser une créance. L'immense majorité des dettes sont payées sans procès. Ce serait désastreux pour le crédit s'il en était autrement. Aussi la procédure romaine frappait-elle de peines spéciales les plaideurs téméraires et chicaneurs (§ 70).

Le procès doit donc avant tout servir de moyen de menace. Si cependant le créancier est forcé de recourir à l'action en justice, alors le procès doit remplir deux conditions : il doit joindre la rapidité de la décision à la justice de la solution. Seulement, la rapidité ne peut souvent être atteinte qu'aux dépens de la justice, et la justice aux dépens de la rapidité.

L'ancienne procédure cherchait avant tout une solution rapide. Pour éviter la chicane, elle ne laissait au juge aucune latitude d'appréciation. L'objet de la demande doit être exactement déterminé, ce doit être un *certum*, et le juge doit se borner à examiner si la somme ou la chose demandée est due ou n'est pas due, sans avoir à faire aucune évaluation. Cette procédure est celle des *condictiones stricti iuris*.

Plus tard on se préoccupa surtout d'atteindre une solution juste. Le juge doit s'inspirer des principes de la bonne foi et de l'équité ; il a en conséquence une grande latitude d'appréciation et interprète les conventions d'après leur esprit et non d'après la lettre ; il recherche les intentions des parties. C'est le système des actions de bonne foi, *bonae fidei iudicia*, qui se développa vers la fin de la République et prit une importance toujours plus grande.

Suivant que les obligations sont sanctionnées par une action de droit strict ou une action de bonne foi, on les

Digitized by Google

appelle obligations de droit strict ou obligations de bonne foi. Sauf quelques exceptions, les obligations de l'ancien droit, du *ius civile*, sont de droit strict, tandis que celles du *ius gentium* sont de bonne foi.

Les obligations de droit strict furent finalement presque assimilées aux obligations de bonne foi, grâce à l'insertion de l'exception générale de dol dans les actions de droit strict.

§ 173. — **Les obligations naturelles.**

Ce sont des obligations imparfaites ; elles ne sont munies d'aucune action et ne sont partant pas exigibles de la part du créancier.

Elles n'en ont pas moins une existence juridique, car elles déploient certains effets secondaires de l'obligation.

Leur principal effet est de pouvoir faire l'objet d'un paiement.

En conséquence :

1° celui qui sciemment a exécuté une obligation naturelle ne fait pas une libéralité ; il n'y a pas donation, mais paiement d'un dû ;

2° celui qui par erreur s'est acquitté d'une obligation naturelle, se croyant obligé régulièrement, n'est pas admis à réclamer comme indû ce qu'il a payé. Il n'a pas la *condictio indebiti*, qu'il aurait si l'obligation naturelle était sans aucune valeur juridique. Le créancier naturel peut retenir ce qu'il a reçu en paiement ; il a la *soluti retentio*.

L'obligation naturelle déploie parfois d'autres effets de l'obligation normale : *a*) Elle peut être garantie par cautionnement ou par hypothèque ; *b*) elle peut faire l'objet d'une novation, d'un pacte de constitut ; *c*) elle peut être opposée en compensation.

Seulement ces effets sont loin d'être communs à toutes

Digitized by Google

les obligations naturelles. La compensation par exemple n'existe que dans des cas exceptionnels. Le trait commun et constant des obligations naturelles c'est qu'elles ne donnent pas d'action, qu'elles ne sont pas exigibles, mais que leur accomplissement est un paiement que le débiteur ne peut pas répéter. *Nec petitio nec repetitio.*

Par opposition aux obligations naturelles, les obligations normales munies d'une action sont appelées obligations civiles. Mais il est à remarquer ici que le terme civil peut être pris dans un sens plus étroit et désigner seulement les obligations issues du *ius civile* par opposition aux obligations du droit prétorien ou du *ius gentium.*

§ 174. — Origine des obligations naturelles ; diverses espèces.

Les obligations naturelles résultent de l'opposition entre l'idéal juridique de la société et la réalité du droit positif, entre le droit désirable et le droit en vigueur. Le droit suit les idées et ne les précède pas. Il en résulte que sur certains points il est en arrière des sentiments de justice de la société, et que certains principes déjà sanctionnés par la conscience sociale, ne sont encore qu'imparfaitement reconnus par le droit.

La théorie des obligations naturelles est une création des juristes de l'Empire. Or, l'idéal juridique de leur époque était dans la large équité du *ius gentium*, qu'on oppose comme la raison naturelle aux idées étroites du *ius civile* proprement dit, du *ius Quiritium.* Les obligations naturelles résultent en grande partie du conflit entre le *ius gentium* et le *ius Quiritium.* Le plus souvent le conflit s'est terminé par la victoire du *ius gentium.* Mais lorsque sa victoire n'est que partielle, lorsque le droit positif n'a reconnu à l'obligation du *ius gentium* que certains effets secondaires,

Digitized by Google

sans lui accorder d'action, alors nous avons une obligation naturelle.

Les obligations naturelles issues du *ius gentium* forment le groupe le plus important.

Un deuxième groupe moins important est formé par des obligations civiles déchues de leur force obligatoire et réduites à l'état d'obligations naturelles. Ce sont des obligations qui ont perdu leur action pour une raison valable en droit positif, mais insuffisante d'après les idées d'équité inspirées du *ius gentium*.

Dans le premier groupe rentrent :

a) les dettes des esclaves. C'est le cas le plus important. S'il s'agit de dettes résultant d'un délit commis pendant l'esclavage, l'esclave affranchi en répond même *civiliter* ;

b) les obligations entre un père de famille et les personnes en sa puissance, plus largement, les obligations entre membres d'une même *domus* ;

c) la promesse par simple pacte produit une obligation naturelle si c'est une convention d'intérêts. Il est contesté qu'elle en produise dans les autres cas.

Dans le second groupe rentrent :

a) les dettes contractuelles des personnes frappées de *capitis deminutio* ;

b) les dettes d'argent des fils de famille contractées contrairement au sénatus-consulte Macédonien ;

c) les créances civiles dont l'action est perdue par suite des rigueurs de forme de la procédure, par exemple par suite d'une pluspétition, ou de la péremption d'instance.

Digitized by Google

Section V

Système des obligations.

§ 175. — **Système romain.**

Les Romains classent les obligations d'après leurs sources, c'est-à-dire d'après les actes ou les faits qui leur donnent naissance.

Les deux principales sources des obligations sont les contrats et les délits. *Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, dit Gaius.

A l'origine, c'étaient les seules sources des obligations. Mais à mesure que le droit se complique, on rencontre des obligations qui ne rentrent pas dans ces deux catégories. Les unes, bien qu'ayant leur source dans un fait licite, ne pouvaient pas rentrer dans la catégorie des obligations contractuelles, parce qu'elles se forment sans convention. Les autres, quoique dérivant d'un fait illicite, ne pouvaient pas être classées dans les obligations délictuelles, parce que l'acte qui leur donnait naissance ne rentre pas dans la catégorie des délits.

Les juristes romains se contentent en général de réunir ces obligations qui ne naissent ni de contrats ni de délits, dans le groupe un peu vague des obligations qui naissent de modes divers, *ex variis causarum figuris*. Gaius, précisant davantage, divisait ces obligations en obligations où l'on est tenu comme en vertu d'un contrat, et en obligations où l'on est tenu comme en vertu d'un délit, en obligations où le débiteur *quasi ex contractu tenetur* et obligations où le débiteur *quasi ex maleficio tenetur*. Justinien adopta cette classification, et obtint ainsi les quatre classes suivantes :

Digitized by Google

1° obligations contractuelles, *ex contractu ;*
2° obligations délictuelles, *ex delicto ;*
3° obligations quasi-contractuelles, *quasi ex contractu ;*
4° obligations quasi-délictuelles, *quasi ex delicto.*

Ce système est très défectueux. Il est incomplet, car il laisse de côté certaines obligations, par exemple les obligations résultant de la propriété et de la responsabilité noxale ; il est en outre irrationnel, car en un de ses termes, pour les obligations quasi-contractuelles, il confond les effets et la source de l'obligation ; on peut bien dire que le débiteur est tenu comme en vertu d'un contrat, *tenetur quasi ex contractu ;* mais il est faux de dire que l'obligation naît comme d'un contrat, *nascitur quasi ex contractu*, puisque le contrat exige l'accord des volontés, tandis que les obligations quasi-contractuelles naissent sans cet accord. C'est cette confusion qui a donné naissance à la notion du soi-disant quasi-contrat du Code Napoléon.

Malgré ses défauts, ce système nous servira de base à l'étude des obligations en droit romain, partie spéciale.

Digitized by Google

TITRE II

Objet des obligations.

CHAPITRE PREMIER

Conditions que doit remplir l'objet de l'obligation.

§ 176. — Introduction.

Toute obligation a pour objet une prestation du débiteur. Cette prestation doit remplir les conditions suivantes :

1° elle doit être le fait du débiteur ;

2° déterminable ;

3° possible et licite ;

4° elle doit enfin offrir au créancier un intérêt sérieux.

§ 177. — Fait du débiteur.

La prestation promise doit être le fait du débiteur. Ce ne peut pas être le fait d'autrui. C'est là une conséquence du principe de la personnalité des obligations et de l'individualisme du droit romain (§ 169). Le débiteur ne peut valablement s'engager que pour lui-même. S'il promet le fait d'autrui, la promesse est nulle ; le tiers n'est pas obligé puisqu'il est étranger à l'acte de promesse, et celui qui a

Digitized by Google

promis le fait d'autrui ne l'est pas davantage, parce qu'il n'a rien promis pour lui-même.

Il ne faut pas en conclure que la prestation ne puisse être valablement accomplie que par le débiteur. La prestation n'est pas exigée pour elle-même ; son but est de procurer un certain avantage au créancier, elle n'est qu'un moyen d'arriver à ce but ; l'essentiel, c'est que l'avantage voulu soit acquis au créancier ; dès lors, si le créancier est satisfait, de quelque manière que ce soit, l'obligation a atteint son but et s'éteint. Il en résulte qu'un tiers quelconque peut accomplir la prestation à la place du débiteur, et cela même contre le gré du créancier. Il y a cependant exception pour les obligations dont l'objet est une prestation à laquelle la personnalité du débiteur donne toute sa valeur.

§ 178. — **La prestation doit être déterminable.**

Il n'y a pas d'obligation sans prestation et par suite il n'y a pas d'obligation si la prestation ne peut pas être déterminée. L'objet de l'obligation doit donc être déterminable.

Pour cela, il n'est pas nécessaire que la prestation soit déterminée dès le début d'une manière précise. Il suffit que les parties aient fixé un mode de détermination indépendant de leur volonté, par exemple qu'elles aient remis à des experts le soin de déterminer la prestation.

Dans l'ancien droit romain, toutes les obligations contractuelles devaient être déterminées de la façon la plus précise et ne pouvaient avoir pour objet que la prestation d'une quantité certaine de monnaie. Plus tard elles purent avoir pour objet la prestation d'autres corps certains ; enfin, on admit les obligations ne portant pas sur la prestation d'un corps certain, telles que les obligations de faire, de ne pas faire, etc.

Digitized by Google

§ 179. — La prestation doit être possible et licite.

A. *Prestations impossibles.*

A l'impossible nul n'est tenu. *Impossibilium nulla obligatio est.* L'obligation et le contrat sont nuls si la prestation est impossible. L'impossibilité est matérielle ou juridique, suivant qu'elle résulte de la nature des choses ou d'une règle de droit. Il y a impossibilité matérielle lorsque je promets une chose qui n'existe pas (hippocentaure), ou n'existe plus (esclave mort). Il y a impossibilité juridique lorsque je promets une chose *extra commercium*, ou lorsque je promets à un propriétaire sa propre chose.

L'impossibilité matérielle s'entend ici objectivement, c'est-à-dire à raison de l'objet, et non subjectivement, c'est-à-dire à raison du sujet de l'obligation. L'impossibilité subjective ne nuit pas à la validité du contrat et n'entrave pas la naissance de l'obligation. Par exemple, la promesse d'une chose d'autrui est toujours valable, parce qu'il n'est pas objectivement impossible de se procurer la chose d'autrui à prix d'argent. Si le débiteur n'a pas les moyens de se la procurer, c'est une impossibilité subjective qui n'annule pas l'obligation.

L'impossibilité est considérée au moment de la conclusion du contrat ; si elle vient à disparaître par la suite, le contrat n'en reste pas moins nul, car la nullité dès le principe est inguérissable : *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

Cependant, pour une obligation à terme ou sous condition, l'impossibilité doit durer encore lors de l'échéance du terme ou de la réalisation de la condition pour pouvoir annuler l'obligation. Exception est faite pour les *res extra commercium* dont la promesse reste nulle, même si elles rentrent plus tard dans le commerce et même si cette éven-

Digitized by Google

tualité est expressément posée comme condition du contrat. Une telle promesse est considérée comme de mauvais augure : *nec enim fas est eiusmodi casus expectare.*

Le créancier de bonne foi qui subit un préjudice par suite de la nullité de l'obligation qu'il croyait valable, peut-il réclamer des dommages et intérêts à son cocontractant ? L'ancien droit répondait par la négative ; mais le droit nouveau accorda à ce créancier une indemnité ; s'il s'agit d'un contrat de bonne foi, l'indemnité est accordée dant tous les cas, même si le débiteur ne connaissait pas l'impossibilité de la prestation ; pour un contrat de droit strict, il faut qu'il y ait eu dol de la part du débiteur.

B. *Prestations illicites.*

La promesse immorale est nulle, par exemple la promesse de commettre un délit ou de le récompenser. L'immoralité de la part du créancier suffit pour annuler la promesse ; c'est le cas pour une promesse destinée à empêcher un délit. Le droit romain annule en outre comme illicites les contrats relatifs à une succession future.

§ 180. — La prestation doit offrir au créancier un intérêt sérieux.

Si le créancier n'avait aucun intérêt à l'accomplissement de la prestation, on ne concevrait pas qu'il lui soit accordé la faculté de contraindre le débiteur à agir. La société ne peut lui permettre d'exercer cette contrainte que lorsqu'il a un intérêt sérieux à l'exécution de l'obligation.

Tel est toujours l'intérêt pécuniaire, qui peut être direct ou indirect, suivant que la prestation est une somme d'argent ou représente l'équivalent d'une contre-prestation en argent.

L'intérêt pécuniaire est-il le seul reconnu comme sérieux ?

Digitized by Google

Un simple intérêt d'affection ne suffit-il pas à la validité de l'obligation ? La question est très controversée.

L'ancien droit exigeait toujours un intérêt pécuniaire. Cette règle fut maintenue intacte pour la stipulation, contrat de droit strict. Mais pour les contrats de bonne foi, plusieurs auteurs admettent que les juristes de l'Empire finirent par considérer comme valable tout intérêt sérieux et légitime, même d'affection, c'est-à-dire non pécuniaire.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Modalités relatives à l'objet de l'obligation.

§ 181. — Obligations divisibles et obligations indivisibles.

Une obligation est divisible ou indivisible suivant que la prestation peut ou ne peut pas s'accomplir par parties, sans qu'il en résulte un dommage pour le créancier.

Cette distinction est sans intérêt lorsque l'obligation n'a qu'un sujet passif et un sujet actif. Le débiteur d'une obligation divisible ne peut pas imposer à son créancier des paiements partiels, car il en résulterait un dommage pour le créancier.

La distinction est importante lorsqu'il y a plusieurs sujets passifs ou plusieurs sujets actifs, par suite d'une succession héréditaire ou d'un contrat commun. Dans ce cas, l'obligation divisible se divise de plein droit entre les différents sujets, tandis que l'obligation indivisible ne se divise pas mais demeure entière à la charge ou au profit de chacun d'eux.

La divisibilité des obligations dépend de leur objet, de la nature de la prestation. En règle générale, l'obligation de donner est divisible, l'obligation de faire est indivisible, car une quantité est divisible, tandis qu'un fait ne l'est pas.

1° *Obligation de donner.* La divisibilité est évidente pour une dette de quantité, par exemple la dette d'une somme

Digitized by Google

d'argent. Mais les Romains considèrent comme divisible aussi la dette d'une unité, par exemple d'un cheval, d'un esclave, où la division ne peut pas avoir lieu physiquement. Il y a alors division intellectuelle par le transfert d'un droit de propriété partiel indivis. Il faut cependant que l'unité soit déterminée individuellement, et non génériquement ou alternativement. Dans ces deux derniers cas, l'obligation de donner une unité est indivisible, pour éviter que le créancier ne reçoive des parts indivises d'individus différents, au lieu de recevoir ce à quoi il a droit : un individu.

L'obligation de donner est encore indivisible quand elle a pour objet la constitution d'un droit indivisible, par exemple d'une servitude prédiale.

2° *Obligation de faire.*

Elle est en principe indivisible, de même que l'obligation de ne pas faire. Cependant l'obligation de faire est divisible si elle a pour objet non un fait unique ou la confection d'un ouvrage unique, mais une série d'actions distinctes à accomplir séparément, par exemple : planter 100 arbres, transporter 100 chars de blés.

§ 182. — Obligations spéciales et obligations génériques.

Les obligations sont spéciales ou génériques suivant que l'objet de la prestation est déterminé individuellement, *in specie*, ou génériquement, *in genere*.

L'obligation générique porte le plus souvent sur des choses fongibles, mais cela n'est pas nécessaire ; on peut désigner génériquement aussi des non fongibles et inversement.

La distinction est importante pour la question des risques.

1° Dans l'obligation spéciale, l'objet de la prestation

Digitized by Google

étant une chose individuellement déterminée, seule cette chose peut et doit être prestée. Il en résulte que si cette chose périt par cas fortuit, l'obligation s'éteint comme impossible. C'est donc le créancier qui supporte les risques de la chose : *species perit creditori.*

2° Dans l'obligation générique, l'objet de la prestation étant génériquement déterminé, un individu quelconque du genre désigné peut être presté ; le débiteur peut le choisir dans tout le genre visé ; il n'est pas obligé de s'en tenir à un individu plutôt qu'à un autre. Il en résulte qu'il ne peut pas être question de la perte de l'objet, puisque, avant l'exécution, personne ne peut dire que telle chose est l'objet de la prestation plutôt que telle autre du même genre. La perte des objets individuels que le débiteur destinait au paiement n'est donc pas suffisante pour le libérer : *Genus perire non censetur.* Si cependant le genre en question n'était représenté que par un nombre restreint d'individus qui ont tous péri, le débiteur est libéré, car la prestation est devenue impossible. Mais ce sont là des cas exceptionnels. Dans la règle, le débiteur d'une obligation générique n'est libéré que par l'exécution de l'obligation, par la livraison au créancier. Jusque là il supporte les risques.

§ 183. — **Obligations alternatives.**

L'obligation alternative est celle qui laisse le choix entre deux ou plusieurs prestations, dont une seule est à effectuer. Par exemple, on me doit un cheval ou 1000 francs.

A qui appartient le choix ?

Qui supporte les risques ?

Tels sont les deux principaux points à élucider.

1° Le choix appartient à la personne désignée par l'acte constitutif de l'obligation, ce peut être le débiteur, le créancier ou un tiers.

Digitized by Google

Dans le doute, c'est-à-dire faute de désignation spéciale, le choix appartient au débiteur.

L'attribution du choix à l'une ou l'autre des parties se traduit dans la procédure de la manière suivante :

a) si le choix appartient au débiteur, le créancier ne peut l'actionner qu'en prestation de l'un ou l'autre objet alternativement, c'est-à-dire en lui laissant le choix ; sinon il perd son procès pour pluspétition ;

b) si le choix appartient au créancier, il peut, sans qu'il y ait pluspétition, actionner le débiteur en prestation d'un seul objet.

2° Lorsque l'un des objets périt par cas fortuit, l'autre reste dû parce que, jusqu'au choix, on ne peut pas dire que l'un des objets soit dû plutôt que l'autre. Si le second périt aussi par cas fortuit, l'obligation s'éteint comme impossible. Donc, le premier objet est aux risques du débiteur, le second aux risques du créancier.

Cependant, pour les obligations alternatives avec choix du débiteur, les juristes de l'empire apportèrent à cette règle un tempérament en faveur du débiteur privé du choix qui lui appartenait par la perte fortuite du premier objet. Ils lui donnèrent la faculté de se libérer en payant la valeur de l'objet péri. C'est la *facultas alternativa* qu'il ne faut pas confondre avec une obligation alternative ; le débiteur ne doit plus qu'un seul objet et la perte fortuite de cet objet le libère entièrement.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Prestations accessoires.

§ 184. — Intérêts conventionnels et intérêts légaux.

On appelle intérêts, *usurae* ou *foenus*, l'équivalent de la jouissance d'un capital, calculé d'après la durée de la jouissance et consistant en fongibles de la même nature que le capital.

Les intérêts supposent donc la dette d'un capital de choses fongibles, généralement d'argent. Ils cessent de courir lorsque la dette principale s'éteint. C'est dans ce sens qu'ils ont un caractère essentiellement accessoire.

Les intérêts sont conventionnels ou légaux suivant qu'ils sont dûs en vertu d'un accord des parties ou en vertu d'une règle de droit appliquée d'office par le juge.

1° *Intérêts légaux.*

Principaux cas :

a) *Intérêts moratoires :* dans les contrats de bonne foi, le débiteur en demeure d'une somme d'argent doit les intérêts à partir du moment où la demeure a commencé. Dans les contrats de droit strict, pas d'intérêts moratoires.

b) L'administrateur ou le détenteur de l'argent d'autrui en doit les intérêts, s'il l'a employé à son profit.

c) L'acheteur à qui la chose achetée a été livrée sans qu'il ait payé le prix de vente, doit les intérêts de ce prix à partir du moment où il a eu la jouissance de la chose ;

Digitized by Google

il serait injuste qu'il jouît en même temps de la chose et du prix.

2° *Intérêts conventionnels.*

La forme de la stipulation est nécessaire pour établir les intérêts conventionnels dans un contrat de droit strict tel que le prêt d'argent, *mutuum*. Une simple convention d'intérêts ajoutée à un contrat de droit strict ne fait naître qu'une obligation naturelle (§ 172).

Dans les contrats de bonne foi au contraire, un simple pacte suffit pour créer une obligation d'intérêts, pourvu que ce pacte ait été ajouté dans la conclusion même du contrat. Il est alors valable comme tous les *pacta bonae fidei contractui in continenti adiecta.*

Le taux (*modus*) des intérêts conventionnels a fait l'objet de nombreuses mesures restrictives. Certaines lois de la République allèrent jusqu'à interdire les intérêts.

La loi des XII Tables prohibe les intérêts supérieurs au *foenus unciarum*, c'est-à-dire supérieurs à un douzième par an, 8,33 %.

A l'époque de Cicéron, le maximum légal est formé par les *centesimae usurae*, c'est-à-dire 1 % par mois, 12 % par an. Cette limite subsista jusqu'à Justinien, qui abaissa le maximum à 6 %, avec exception en faveur des commerçants, auxquels le 8 % était permis.

Les intérêts sont nuls pour autant qu'ils dépassent ce maximum.

L'intérêt peut écraser le débiteur non seulement par son taux, mais aussi par l'accumulation des arriérés. Pour parer à ce danger, le droit romain apporta à l'accumulation des intérêts les restrictions suivantes :

a) défense des *usurae supra duplum :* la dette qui a produit des intérêts non soldés égaux au capital, cesse d'en produire de nouveaux, sinon elle monterait *supra duplum.* Justinien alla plus loin et décida que le capital cesserait

Digitized by Google

de produire des intérêts quand il en aurait déjà produit une somme égale au capital, alors même qu'ils auraient tous été payés.

b) Défense des intérêts composés, de l'anatocisme. Cette défense ne visait en droit classique que les intérêts à échoir ; Justinien l'étendit aux intérêts déjà échus.

Les intérêts sont nuls pour autant qu'ils enfreignent la défense des *usurae supra duplum* et de l'anatocisme.

Remarque. La différence des intérêts conventionnels et des intérêts légaux est importante au point de vue de la procédure. Les premiers peuvent être réclamés indépendamment, dans une instance spéciale, avant ou après le procès principal. Les seconds ne peuvent être accordés par le juge que dans le procès principal sur le capital ; dès lors, une fois la dette du capital éteinte, on ne peut plus réclamer d'intérêts légaux, tandis que pour les intérêts conventionnels, l'obligation de payer les arriérés survit à la dette du capital.

L'escompte, *interusurium*, est la contre-partie de l'intérêt. Il s'obtient en soustrayant de la somme à payer les intérêts que ce capital aurait produits entre le moment du paiement et l'échéance.

Digitized by Google

TITRE III

Sanction des obligations.

CHAPITRE PREMIER

Effet des obligations.

§ 185. — Effet normal et effet éventuel.

L'effet normal de l'obligation est d'amener le débiteur à accomplir la prestation due. C'est ce qu'on appelle le paiement de l'obligation ; nous en étudierons les règles dans le chapitre sur l'extinction des obligations. Ce qui nous occupe maintenant, c'est l'effet de l'obligation lorsque le débiteur ne l'exécute pas ou l'exécute d'une façon défectueuse, incomplète.

Le principe général est ici que le débiteur doit réparer le dommage causé au créancier. Ce dernier a contre lui une action au moyen de laquelle il obtiendra des dommages-intérêts, conformément à la règle de la procédure formulaire qui veut toujours des condamnations pécuniaires. Le montant de la condamnation sera calculé sur celui du dommage.

L'effet éventuel de l'obligation est donc d'assurer au créancier des dommages et intérêts en cas d'inexécution totale ou partielle de la prestation. Mais il faut pour cela

Digitized by Google

que l'inexécution soit imputable au débiteur. Sinon, le créancier ne peut exiger de lui aucune indemnité.

Il convient donc d'étudier avant tout les règles de l'imputabilité. Nous examinerons ensuite dans quelle mesure le débiteur doit réparer le dommage dont il est déclaré responsable en vertu de ces règles.

Digitized by Google

CHAPITRE II

De l'imputabilité.

§ 186. — Principes généraux.

En règle générale, le débiteur répond de sa faute, il ne répond pas du cas fortuit. Sans faute pas de responsabilité, c'est-à-dire point d'obligation de réparer le dommage. *Quae sine culpa accidunt .... a nullo praestantur.*

Pour étudier l'application de ces principes généraux, il importe de distinguer les différents aspects, régis par des règles différentes, sous lesquels la faute du débiteur peut se présenter :

1° ou bien le débiteur refuse à tort d'accomplir la prestation ou n'a pas les moyens de l'accomplir ; dans ce cas la faute prend le nom de demeure ;

2° ou bien il a fautivement rendu la prestation impossible, ce qui ne peut pas se produire dans les obligations génériques ;

3° ou bien, il a par sa faute mal accompli la prestation. Ces deux derniers cas constituent la faute proprement dite, par opposition à la demeure.

Nous avons en somme trois points à examiner : faute, demeure, cas fortuit.

Digitized by Google

Section I

Faute.

§ 187. — **Notions générales et historiques.**

On appelle faute tout acte volontaire qui a causé une lésion contraire au droit, que ce soit un acte de commission ou d'omission, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas intention de nuire.

Cette notion large de la faute était inconnue à l'ancien droit romain. Le droit primitif ne s'occupe que des infractions grossières tombant directement sous les sens, le vol, les dégâts, les coups et blessures ; pour qu'il intervienne, il faut une *culpa in faciendo*, un acte de commission ; il ne punit pas les fautes moins apparentes telles que le dol, la négligence, où l'acte coupable ne se traduit pas nécessairement par des manifestations extérieures positives et directes. En outre, lorsqu'il punit, il ne prend pas en considération la culpabilité de l'agent du dommage ; c'est le préjudice causé qui comme tel fonde la responsabilité, car c'est le dommage souffert qui dicte la réclamation du lésé ; la faute n'entre pas en ligne de compte, ou, si l'on veut, le fait lui-même prouve suffisamment la faute.

C'est le mérite de la jurisprudence classique d'avoir fait de la faute la mesure générale de la responsabilité en droit privé.

L'application de ce principe diffère sensiblement suivant les rapports de droit. Dans les délits, c'est l'acte coupable lui-même qui est le fondement originaire et unique de l'obligation. Dans les autres rapports au contraire, la réclamation se base sur un fait indépendant de toute culpabilité : la propriété, le contrat, etc. Ici, la faute pourra venir se

Digitized by Google

joindre comme élément secondaire et augmenter la responsabilité ; mais alors elle n'en est pas moins un élément accidentel, accessoire, et l'action accordée au lésé n'est autre que celle attachée à son droit préexistant. Dans les délits par contre, la faute est l'élément essentiel et donne naissance à une action spéciale, indépendante.

Nous n'avons à nous occuper ici que de la faute accessoire. Nous retrouverons la faute comme élément essentiel du rapport de droit en étudiant les obligations délictuelles. C'est d'ailleurs dans les règles sur la responsabilité pour la faute accessoire, que la jurisprudence de l'empire a le mieux développé la notion de la faute, en la décomposant dans les quatre éléments suivants : *dolus, culpa, mala fides, mora.* Deux de ces éléments, le *dolus* et la *culpa* jouent un rôle dans tous les rapports de droit ; la *mala fides* appartient exclusivement aux actions réelles, et la *mora* ne peut se présenter que dans les obligations, les actions personnelles.

En dehors des contrats, la notion de la faute resta ce qu'elle était dans l'ancien droit, une *culpa in faciendo.* La responsabilité aquilienne par exemple eut toujours comme condition une *culpa in faciendo.* La raison en est que, sans contrat qui nous oblige, nous ne sommes pas tenus d'agir en faveur des tiers. Tout ce que le droit nous demande, c'est de ne pas agir au détriment d'autrui. Ainsi, une simple inaction, une omission n'est pas répréhensible en droit romain vis-à-vis d'un tiers envers lequel nous ne sommes liés par aucun contrat.

De même dans la stipulation, contrat de droit strict, contrat de l'ancien droit, la notion de faute est restée stationnaire. Jusqu'à la fin il fallait ici une *culpa in faciendo.* Le débiteur est responsable de ses actes positifs contraires au contrat, par exemple s'il tue ou affranchit l'esclave promis. Il ne l'est pas d'une simple inaction, par exemple,

Digitized by Google

s'il laisse mourir l'esclave faute de soins : une telle inaction n'est en effet pas contraire au contrat interprété littéralement : le débiteur a promis de donner l'esclave, et non de le soigner.

On pouvait cependant, en insérant une *clausula doli* dans la stipulation, étendre la responsabilité du débiteur *ex stipulatu.*

En somme, en laissant de côté la *mala fides* qui ne concerne que les droits réels, la victoire des nouvelles idées sur la faute ne fut complète que dans les contrats de bonne foi.

§ 188. — De la faute dans les contrats de bonne foi.

Dans les contrats de bonne foi, au lieu de s'en tenir à la lettre, on cherche à réaliser les exigences de la bonne foi et de l'équité. Le débiteur doit faire preuve de diligence, *diligentiam praestare*, c'est-à-dire vouer tous ses soins aux intérêts du créancier. Il est déclaré responsable non seulement de ses fautes de commission, mais aussi de ses fautes d'omission, de sa négligence. La *neglegentia* devint une *culpa.*

Cela posé, le droit nouveau distingue trois degrés de faute :

1° Le *dolus* ou *dolus malus* est la violation consciente et voulue des obligations contractuelles. Le dol implique donc l'intention de nuire.

2° La *culpa lata* est la faute grave résultant de l'absence des soins ordinaires et de la réflexion d'un homme moyen, normal. Elle consiste à ne pas voir et à ne pas comprendre ce que tout le monde voit et comprend, à ne pas songer aux conséquences de ses actes. Elle se distingue du dol en ce qu'elle n'implique pas d'intention coupable.

3° La *culpa levis* ou *culpa* tout court, est la faute légère

Digitized by Google

consistant en l'absence des soins et de la réflexion d'un homme parfaitement consciencieux et compétent, d'un *bonus paterfamilias*. Cependant, dans certains rapports juridiques, les Romains apprécient la faute légère non pas d'après la mesure abstraite de la *diligentia* d'un homme modèle, du *diligens paterfamilias*, mais d'après la mesure concrète et individuelle de la *diligentia* habituelle du débiteur lui-même. Ils exigent du débiteur non pas la diligence d'un bon père de famille, mais le degré de diligence qui lui est familier dans ses propres affaires ; *diligentia quam suis*. Dans ce cas, les modernes disent que le débiteur ne répond que de la *culpa levis in concreto*, en opposant ce terme à la *culpa levis in abstracto*, qui est la faute légère ordinaire.

Les romanistes des siècles passés croyaient à tort avoir trouvé un quatrième degré de faute : la *culpa levissima* qui consisterait à négliger l'*exactissima diligentia*, les soins plus grands que ceux d'un bon père de famille. Mais le bon père de famille étant déjà pour les Romains l'homme parfait, ils ne peuvent avoir conçu des soins plus étendus et plus minutieux que les siens. Le superlatif *exactissima diligentia* n'a aucune valeur technique. Il est employé pour opposer la diligence d'un bon père de famille à la *diligentia quam suis*.

§ 189. — Responsabilité pour la faute dans les contrats de bonne foi.

Un principe fondamental domine cette matière : c'est que la responsabilité des parties est proportionnée à l'intérêt que présente pour elles le contrat.

Ce principe ressort des trois règles suivantes :

1° Le débiteur répond toujours de son dol. Cette respon-

Digitized by Google

sabilité est absolue. Elle ne peut pas être écartée à l'avance. Une convention dans ce sens serait nulle comme immorale.

2° Il répond toujours de sa faute grave, comme de son dol.

3° Il ne répond de sa faute légère que s'il est intéressé au contrat ; il n'en répond pas s'il n'y est pas intéressé.

Mais cette dernière règle peut être modifiée par la convention des parties. Elle comporte en outre les exceptions suivantes : d'une part, le précariste ne répond pas de la faute légère, bien qu'intéressé au contrat, d'autre part le mandataire et le gérant d'affaires en répondent bien que non intéressés.

Il est à remarquer en outre que la faute légère s'apprécie pour certains débiteurs *in concreto*, et non *in abstracto*. C'est le cas pour le communiste, l'associé, le tuteur et le mari débiteur de la dot. La raison en est que ces personnes font toutes pour partie leurs propres affaires en gérant celles de leur créancier.

Section II

Demeure.

§ 190. — **Demeure du débiteur.**

1° *Notion.* La demeure, *mora*, est le retard coupable apporté à l'exécution d'une obligation dont la prestation est encore objectivement possible.

2° *Conditions.* Outre la possibilité objective de la prestation, la mise en demeure suppose :

1° l'exigibilité de la dette ;

2° une sommation du créancier ;

3° une faute du débiteur.

Digitized by Google

1° *Exigibilité de la dette.* Une dette est en principe exigible dès qu'elle a pris naissance. L'exigibilité peut cependant être différée par la fixation d'un terme.

Il résulte de cette condition qu'on ne peut pas être en demeure d'une dette naturelle.

2° *Sommation du créancier.* L'exigibilité de la dette ne suffit pas pour mettre le débiteur en demeure. Il faut encore une sommation de payer, *interpellatio,* adressée par le créancier au débiteur en temps et lieu convenables.

Dans un cas cependant l'interpellation préalable n'est pas exigée, — celui où quelqu'un se trouve débiteur d'une chose à la suite d'un délit, principalement d'un vol, et où il est en demeure par le fait même du délit. Il en est de même lorsque le débiteur se soustrait à l'interpellation et la rend impossible.

3° *Faute du débiteur.* La résistance du débiteur doit être injuste, sinon il n'y a pas demeure. La résistance est présumée injuste par le fait seul de l'existence de la dette. Mais le débiteur est admis à prouver qu'il avait des doutes légitimes sur l'existence de la dette, et alors son retard ne constitue pas demeure. Par exemple les héritiers du débiteur sont considérés comme ayant une juste cause de doute. Par contre, un doute sur son propre fait n'est jamais légitime.

A noter en outre que le débiteur n'est pas en demeure s'il prouve que le retard provient de circonstances indépendantes de sa volonté, par exemple d'une absence *rei publicae causa,* car alors il n'y a aucune faute à sa charge.

3° *Effets.*

a) Effets communs à toutes les obligations. Le débiteur en demeure supporte les risques de la chose. L'obligation subsiste malgré la perte accidentelle de l'objet dû, *mora perpetuatur obligatio ;* le débiteur devra payer la valeur de la chose périe, même si le cas fortuit eût pu atteindre

Digitized by Google

la chose chez le créancier après livraison. En effet, le créancier aurait alors pu vendre la chose et bénéficier ainsi du prix.

2° *Effets particuliers aux contrats de bonne foi.*

Ici le débiteur en demeure est toujours tenu à des dommages-intérêts complets pour le préjudice causé par le retard. Il est responsable de tous les fruits et accessoires produits par la chose depuis la demeure. Il répond de la différence de valeur en cas de dépréciation. En outre, si la dette est d'une somme d'argent, il doit les intérêts moratoires (cf. § 184).

§ 191. — **Demeure du créancier.**

L'inexécution de l'obligation peut provenir de la demeure du créancier, appelée *mora accipiendi* par opposition à la *mora solvendi*, demeure du débiteur.

La demeure du créancier consiste à ne pas accepter la prestation dûment offerte par le débiteur.

1° *Conditions.* Elle suppose des offres sérieuses et conformes à ce qui est dû, de la part du débiteur, *oblatio.* Par conséquent, si le créancier a de justes motifs de refuser des offres non satisfaisantes, il n'encourt pas la demeure. La non échéance du terme n'est pas un juste motif de refus, à moins que le terme n'ait été ajouté dans l'intérêt du créancier, ce qui, dans le doute, n'est pas admis. Sauf disposition contraire, le terme est en effet censé fixé dans l'intérêt du seul débiteur qui peut y renoncer et payer avant l'échéance (§ 53).

Il est douteux que la demeure du créancier exige aussi une faute de sa part.

2° *Effets de la demeure du créancier.*

a) Elle fait passer les risques au créancier. C'est important pour l'obligation générique dont elle opère ainsi

Digitized by Google

spécialisation, pour autant que les objets offerts sont tenus séparés.

b) Le débiteur ne répond plus que du dol ou de la faute grave.

c) Elle permet au débiteur de se libérer de son obligation en consignant la chose due dans un temple pour le compte du créancier.

d) Elle oblige le créancier à réparer le préjudice causé au débiteur.

§ 192. — **Fin de la demeure.**

Les effets de la demeure cessent, ***mora purgatur***, à supposer qu'ils offrent la réparation du dommage causé, 1° pour le débiteur, lorsque lui ou un tiers se montre prêt à faire la prestation ; 2° pour le créancier, lorsqu'il est prêt à l'accepter.

Si l'autre partie refuse de coopérer à la purge de la demeure, elle est elle-même mise en demeure et en supporte les conséquences : ***posterior mora nocet.***

Section III

Cas fortuit.

§ 193. — **Responsabilité du débiteur.**

La notion du cas fortuit est toute négative. Elle repose sur l'absence de faute. Il y a cas fortuit, ***casus***, chaque fois que l'inexécution résulte d'un événement indépendant de la faute du débiteur. Sauf convention contraire, le débiteur ne répond pas du cas fortuit.

Digitized by Google

Cette règle souffre certaines exceptions en ce qui concerne :

1° la responsabilité pour la faute d'autrui ;

2° la responsabilité de la *custodia*.

1° *Faute d'autrui*. En règle générale, le débiteur ne répond pas de la faute d'autrui, qui est pour lui un cas fortuit. La faute de ses subordonnés en particulier, ne l'oblige que lorsqu'il y a faute concurrente de sa part, *culpa in eligendo* ou *in custodiendo*.

Il y a exception à cette règle dans le louage d'ouvrage, *locatio operis*, où l'entrepreneur répond de la faute de ses ouvriers, même sans aucune faute concurrente de sa part.

De même l'armateur d'un vaisseau et celui qui a préposé un *institor* à son commerce, répondent dans l'action exercitoire et institoire, des fautes commises par le capitaine du vaisseau ou par l'*institor* dans l'exercice des affaires dont ils ont été chargés. — A noter encore, en dehors des contrats, la responsabilité noxale du père de famille pour les délits de ses soumis. Ce cas est à peine une exception aux principes généraux, puisque le père de famille pouvait se libérer en abandonnant le délinquant au lésé.

2° *Responsabilité de la custodia*. *Custodia* désigne généralement la *diligentia* que doit apporter à la garde d'une chose la personne à qui cette chose est confiée. *Custodiam praestare* — *diligentiam praestare in custodiendo*. Dans un sens plus étroit, *custodia* désigne une responsabilité spéciale imposée au débiteur pour cas fortuit. Cette responsabilité peut résulter d'une convention des parties, qui peuvent librement modifier les règles sur les risques. Elle peut aussi résulter d'une règle positive du droit, et alors il y a dérogation aux principes généraux. C'est ainsi que, même en l'absence de convention dans ce sens, les maîtres d'auberges, d'écuries ou de navires sont responsables des effets des voyageurs qui ont été détruits ou détériorés chez

Digitized by Google

eux, même sans leur faute. Cela en vertu de l'édit sur le *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum*.

Cette responsabilité cesse cependant dans le cas de force majeure. On entend par là des accidents qui ne peuvent être ni prévus ni évités, des évènements considérés comme un *damnum fatale*, parce que la faiblesse humaine ne peut pas leur résister, tels un naufrage, un effondrement, un incendie, une attaque de pirates, etc. Ces cas spéciaux de force majeure ne se distinguent juridiquement en rien des autres cas fortuits. Ils rentrent dans la notion du cas fortuit ; aussi les juristes de l'Empire emploient-ils *vis maior* comme synonyme de cas fortuit. Pourquoi alors, à propos du *receptum nautarum*, ont-ils distingué la force majeure du cas fortuit ? C'est qu'ils ont conservé ici la notion primitive de la force majeure ne comprenant que les cas de *damnum fatale*, uniques cas dans lesquels anciennement la responsabilité de la *custodia* cessait.

Digitized by Google

CHAPITRE III

La réparation du dommage.

§ 194. — Le dommage.

L'étendue de la réparation imposée au débiteur coupable, dépend en principe de l'étendue du dommage pécuniaire causé au créancier. Il importe donc de rechercher les différents aspects sous lesquels le dommage peut se présenter. Ici, les modernes font deux distinctions principales. Ils divisent le dommage en direct et indirect d'une part, en positif et négatif d'autre part.

1° Le dommage est direct ou indirect suivant qu'il résulte du fait coupable immédiatement ou médiatement, par suite du concours d'autres circonstances particulières.

2° Le dommage est positif ou négatif suivant qu'il consiste dans la perte d'un avantage préexistant (*damnum emergens*), ou dans la privation d'un bénéfice futur (*lucrum cessans*).

§ 195. — Réparation du dommage.

En général le débiteur coupable doit au créancier la réparation de tout le dommage positif ou négatif, causé directement ou indirectement à sa fortune. Il lui doit la différence entre le montant actuel de sa fortune et celui qu'elle aurait si le fait dommageable n'avait pas eu lieu : *id quod*

Digitized by Google

interest (intérêt). C'est donc l'intérêt du créancier à l'exécution de l'obligation qui détermine la mesure de la réparation. De là l'expression française dommages-intérêts.

Anciennement, l'indemnité se limitait à la valeur matérielle de la chose due, *vera rei aestimatio*, car le *quanti ea res est* de la formule était pris dans ce sens. Mais à l'époque classique on l'interpréta de façon à comprendre tout l'intérêt du créancier. Cependant, certains textes opposent encore le *quanti ea res est* au *id quod interest*.

L'application de ce nouveau principe est cependant hésitante sur certains points.

Ainsi, on trouve encore des décisions qui refusent la réparation du dommage indirect même positif ; par exemple le dommage résultant de la mort des esclaves par suite de la non livraison du blé ; d'après un texte, l'acheteur du blé n'aura droit qu'à la valeur du blé.

Quant au *lucrum cessans*, le créancier ne peut réclamer que le gain sur lequel dans le cours ordinaire des choses il pouvait compter avec certitude. Si par exemple une maison m'est livrée trop tard, je puis réclamer comme *lucrum cessans* les loyers ordinaires que j'aurais pu en retirer. Par contre, on ne tient pas compte de calculs basés sur des circonstances extraordinaires et sur des intérêts d'affection : si vous tuez mon esclave fils naturel de Titius, je ne puis pas vous réclamer comme *lucrum cessans* le prix que j'aurais pu en obtenir de son père Titius, mais seulement comme *damnum emergens*, sa valeur vénale courante.

Quant aux calculs basés sur de simples possibilités, certains textes n'en veulent pas tenir compte, tandis que d'autres les prennent en considération. Ainsi un coup de filet refusé ou empêché doit être estimé d'après un texte et ne doit pas l'être d'après un autre. Mêmes contradictions pour le gain qui aurait pu résulter d'opérations commerciales, c'est-à-dire de l'emploi par le créancier des mar-

Digitized by Google

chandises ou des capitaux que le débiteur ne lui a pas livrés.

Ces difficultés d'évaluation et d'appréciation du dommage devaient donner une grande importance à la fixation conventionnelle des dommages-intérêts de l'inexécution, à la stipulation pénale, où le débiteur promet une certaine somme pour le cas où il ne ferait pas la prestation convenue.

Enfin, Justinien apporta une restriction importante à la liberté du juge d'évaluer le dommage. Les dommages-intérêts ne peuvent plus désormais excéder le double de la valeur matérielle de la chose due.

Remarque. L'étendue du dommage causé n'est pas pour les Romains l'unique mesure de la réparation. Ils cherchent aussi à établir un certain équilibre entre le degré de la culpabilité et le montant de la réparation. Ils imposent la réparation complète de tout le dommage causé seulement au débiteur coupable d'un dol, vis-à-vis duquel le créancier peut fixer lui-même, sous la foi du serment, le montant du dommage subi (*iuramentum in litem*). Quant au débiteur non coupable de dol, sa responsabilité est limitée au dommage qu'il pouvait ou devait prévoir.

La responsabilité du débiteur peut en outre se trouver réduite ou écartée quand le dommage éprouvé par le créancier résulte du concours de son propre fait ou de sa propre faute. Ainsi si l'esclave que j'ai blessé meurt faute de soins de la part du maître, je ne réponds pas du dommage résultant de sa mort, mais seulement de celui causé par la blessure.

Digitized by Google

TITRE IV

Les sujets de l'obligation.

CHAPITRE PREMIER

Changement des sujets. Transfert des obligations.

§ 196. — Système primitif.

Le principe de la personnalité des obligations s'opposant à leur transfert, on obtenait le résultat d'une cession par les moyens indirects de la novation et de la *procuratio in rem suam* (§ 169).

Ce système était très imparfait.

Le transfert par novation avait l'inconvénient d'exiger le concours du débiteur, et par conséquent son consentement et sa présence. En outre, l'ancienne créance étant éteinte, tous ses accessoires sont éteints avec elle ; les cautionnements et les gages qui la garantissent tombent avec elle, et ne peuvent passer sur la nouvelle créance qu'avec le consentement des cautions ou des constituants du gage.

Ces inconvénients n'existaient pas, il est vrai, avec la *procuratio in rem suam*, qui n'exigeait pas le consentement du débiteur et n'éteignait pas les accessoires de la

Digitized by Google

créance puisqu'elle n'éteignait pas la créance elle-même. Mais ce second système avait d'autres défauts non moins graves, résultant : 1° de ce qu'il n'opérait pas une véritable cession, et 2° de sa nature de mandat.

1° Le créancier cédant restant titulaire de la créance pouvait toujours la faire valoir pour son compte, et amener la libération du débiteur, en recevant paiement, en faisant remise, en actionnant le débiteur, en faisant une nouvelle cession, sauf naturellement à être exposée à un recours du cessionnaire frustré.

2° Comme tout mandat, le mandat de plaider est arbitrairement révocable et s'éteint par la mort de l'une des parties.

Il est vrai que ces deux inconvénients sont écartés par la *litis contestatio* faite par le cessionnaire avec le débiteur cédé. A partir de cet acte il était le *dominus litis* et il était définitivement investi de la créance. Mais la *litis contestatio* peut n'avoir lieu que longtemps après la cession, par exemple lorsque la créance cédée est à long terme, ou bien lorsque le débiteur est absent. Des progrès restaient donc à réaliser ; ils le furent par les réformes du droit impérial.

§ 197. — **Réformes du droit impérial.**

Le droit de l'Empire a remédié aux deux inconvénients du système primitif du mandat de plaider par deux réformes correspondantes : la dénonciation et l'action utile.

1° La dénonciation est la notification de la cession faite par le cessionnaire au débiteur cédé. Elle a pour but et pour effet d'exclure dès avant la *litis contestatio* le créancier cédant et de concentrer la créance sur le cessionnaire. Le débiteur averti ne peut plus payer qu'au cessionnaire.

2° L'*action utile* protégeait le cessionnaire contre les inconvénients résultant du fait que la *procuratio* est un

Digitized by Google

mandat. Elle lui fut accordée, d'une part lorsque le mandat de plaider s'était éteint par suite de décès ou de révocation, d'autre part lorsqu'un tel mandat n'avait pas été donné, mais aurait dû l'être. Dans ces cas, les actions du cédant, que le cessionnaire ne pouvait pas avoir comme *actiones mandatae*, comme *actiones alieno nomine*, il les avait comme *actiones utiles suo nomine ;* il obtenait ainsi un droit indépendant du créancier cédant. Cette innovation fut faite d'abord en matière de vente d'hérédité par Antonin le Pieux et étendue successivement à d'autres cas de cession.

Ces réformes introduisirent dans le droit romain une véritable cession des créances réalisée par la notification du transfert au débiteur.

§ 198. — **Effets de la cession.**

1° *Rapports du cessionnaire et du cédé.* La créance cédée se transmet au cessionnaire telle qu'elle était auprès du cédant : *a*) Avec elle se transmettent tous ses accessoires : intérêts, garanties réelles ou personnelles, privilèges ; *b*) avec elle se transmettent toutes les exceptions que le cédé pouvait opposer au cédant, notamment l'exception de compensation tirée de créances du cédé contre le cédant.

La *lex anastasiana*, dans le but de décourager l'industrie des acheteurs de créance, apporta une limitation aux droits de l'acheteur vis-à-vis du débiteur cédé. D'après cette loi byzantine, l'acheteur ne peut réclamer du débiteur que le prix qu'il a lui-même payé. Si la valeur nominale est supérieure, le débiteur est libéré pour la différence.

2° *Rapports du cédant et du cessionnaire.* Le vendeur d'une créance répond de son existence, *nomen verum esse*, mais non de la solvabilité du débiteur cédé, *nomen bonum esse*, sauf convention contraire. Quant au donateur il n'est tenu d'aucune garantie, il répond seulement de son dol.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Pluralité de sujets. Obligations solidaires et corréales.

§ 199. — Notion de la solidarité. Variétés.

L'obligation solidaire est celle dans laquelle une même prestation est due en entier, *in solidum*, par plusieurs ou à plusieurs, mais n'est à effectuer qu'une seule fois.

Ce qui caractérise la solidarité, c'est l'unité de l'objet et la pluralité des sujets de l'obligation.

La pluralité des sujets a pour effet que la prestation peut être exigée de chaque débiteur solidaire ou par chaque créancier. Mais l'unité de l'objet fait qu'un seul paiement éteint l'obligation à l'égard de tous les sujets.

Dans certaines obligations solidaires, il suffit même de la litiscontestation, de l'acceptilation ou de la novation avec un seul sujet pour amener l'extinction à l'égard de tous. Ces obligations sont appelées corréales par opposition aux autres obligations solidaires, que l'on désigne alors sous le nom d'obligations solidaires simples.

La solidarité est active ou passive suivant que la pluralité des sujets se trouve du côté créancier ou du côté débiteur.

Digitized by Google

§ 200. — Sources de la solidarité.

A. Solidarité corréale.

1° Elle résulte surtout d'une stipulation dont le but est d'écarter la division entre les sujets de l'obligation (§ 181).

Son utilité est de simplifier les rapports entre les parties, en permettant un seul paiement, une seule action au lieu de plusieurs. La corréalité passive offre en outre au créancier une plus grande sûreté que des obligations partielles distinctes, en lui permettant d'éviter les conséquences de l'insolvabilité éventuelle de l'un des débiteurs.

La stipulation qui établit la corréalité doit être la même pour tous les sujets. L'unité de l'acte s'obtient : *a*) pour la corréalité active, par la prononciation de toutes les interrogations des créanciers avant une réponse unique du débiteur ; *b*) pour la corréalité passive, par la prononciation de toutes les réponses des débiteurs après une interrogation unique du créancier, adressée successivement à chaque débiteur.

Sous l'Empire on permit d'établir la corréalité sous une forme quelconque dans tous les contrats autres que la stipulation.

2° La corréalité peut être établie dans un testament par celui qui fait un legs à la charge de l'héritier Pierre ou de l'héritier Jean (corréalité passive), ou bien au profit du légataire Jacques ou du légataire Paul (corréalité active).

3° La corréalité peut enfin résulter d'une stipulation accessoire. La corréalité passive peut s'établir ici sous trois formes différentes : *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*. Nous les étudierons avec le cautionnement. La corréalité active résulte de l'*adstipulatio*, au moyen de laquelle le créancier s'adjoint un cocréancier accessoire, surtout lorsqu'il veut

Digitized by Google

stipuler pour après sa mort, stipulation qui n'était pas admise avant Justinien.

B. Solidarité simple.

Elle se présente rarement comme solidarité active.

Comme solidarité passive elle se trouve dans les cas suivants :

1° obligation des plusieurs auteurs d'un délit de réparer le dommage résultant du délit commun. Dans l'ancien droit, les auteurs d'un même délit étaient tenus cumulativement et non solidairement.

2° obligation de plusieurs cotuteurs ou mandataires de réparer le dommage résultant d'une faute commune ;

3° obligation de plusieurs personnes qui ont promis séparément une seule et même prestation ; exemple : *constitutum debiti alieni.*

§ 201. — Distinction de la solidarité simple et de la corréalité. Son explication.

La solidarité simple diffère de la corréalité en ce que la litiscontestation, l'acceptilation et la novation avec un seul sujet n'y a pas le même effet extinctif général, mais seulement un effet personnel au sujet en question. Le créancier qui a actionné l'un des débiteurs simplement solidaires, peut, si par suite de l'insolvabilité du défendeur, il n'a pas obtenu entière satisfaction, actionner pour le reste les autres codébiteurs. Ceux-ci ne sont libérés que par l'entière satisfaction du créancier. Dans la corréalité par contre, ils sont entièrement libérés par le seul fait que l'un d'entre eux a été actionné, sans se préoccuper de savoir si le créancier a obtenu entière satisfaction.

On explique généralement cette différence en disant que dans la corréalité il n'y a en réalité qu'une seule obligation malgré la pluralité des sujets, tandis que dans la so-

Digitized by Google

lidarité simple il y aurait autant d'obligations que de codébiteurs ou cocréanciers. Mais la pluralité des obligations existe aussi bien dans la corréalité que dans la solidarité simple.

La vraie explication a été donnée par Dernburg. La corréalité est la solidarité de l'ancien droit, la solidarité simple est la solidarité du droit classique de l'Empire. Les obligations corréales sont les anciennes obligations solidaires, les obligations solidaires simples sont les nouvelles.

Or, dans l'ancien droit, l'acceptilation et la novation étaient considérées comme l'équivalent d'un paiement. C'est pourquoi elles avaient un effet extinctif général dans les obligations corréales.

Quant à la litiscontestation, son effet extinctif s'explique par la règle de l'ancienne procédure que le jugement doit se baser sur l'état de la cause au moment de la litiscontestation. Le défendeur était-il débiteur à ce moment-là, il devait être condamné, quels que soient les changements survenus depuis lors, eût-il même payé le créancier. En cas de solidarité, il en résultait pour l'ancien droit la nécessité de choisir entre l'effet extinctif général d'un seul procès ou le cumul des condamnations, entraînant cumul des paiements qui en sont la suite. C'est que sans cet effet extinctif, le créancier qui aurait actionné successivement plusieurs débiteurs, avant d'avoir remporté la condamnation d'aucun d'entre eux, aurait obtenu plusieurs condamnations et plusieurs paiements, puisque, au moment de la litiscontestation, chaque débiteur aurait été, par hypothèse, encore lié. Ce résultat n'étant pas admissible, comme contraire à la notion même de la solidarité, la première alternative fut préférée.

Par contre, lorsque sous l'Empire, les obligations simplement solidaires furent admises, la règle de procédure en question avait été remplacée par le principe que *omnia*

Digitized by Google

iudicia sunt absolutoria : la satisfaction du créancier survenue depuis la litiscontestation entraînait l'absolution du défendeur. Le cumul des condamnations et des paiements n'était donc plus à craindre et les nouvelles obligations solidaires n'eurent pas besoin de l'effet extinctif général de la litiscontestation opérée avec un seul sujet. Cependant, dans les anciennes obligations solidaires, cet effet extinctif se maintient par la force de la tradition, jusqu'en droit de Justinien. Cet empereur l'abolit cependant dans la corréalité passive. Quant à l'acceptilation et la novation, elles gardèrent jusqu'au bout leur effet extinctif général dans la corréalité, de même que la litiscontestation dans la corréalité active.

§ 202. — **Règles communes.**

Un seul paiement éteint l'obligation à l'égard de tous les sujets. Il en est de même des actes équivalents au paiement : dation en paiement, compensation, offres réelles suivies de consignation pour le compte du créancier en demeure.

Certains faits extinctifs n'ont qu'un effet personnel dans la corréalité aussi bien que dans la solidarité simple ; ce sont la confusion et la remise par simple pacte. La perte de l'objet dû par la faute ou pendant la demeure de l'un des codébiteurs paraît devoir libérer les autres.

Enfin, la solidarité, qu'elle soit simple ou corréale, ne règle que le rapport d'obligation de créancier à débiteur, et nullement la question de contribution entre les codébiteurs ou les cocréanciers. Le règlement de compte entre les *correi* est régi par le rapport juridique à l'occasion duquel la solidarité a été établie.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Sujets intercédants. Intercession et cautionnement.

SECTION I

Introduction.

§ 203. — **Notion de l'intercession.**

L'intercession est l'acte par lequel on s'oblige pour la dette d'autrui. Pour qu'il y ait intercession, il faut donc qu'une personne assume une obligation pour la dette d'autrui ; il n'y a pas intercession dans le fait de payer la dette d'autrui, parce qu'il n'en résulte aucune obligation.

L'intercession est privative lorsque l'intercédant s'oblige à la place du tiers, soit en se substituant au débiteur par une novation (*expromissio*), soit en empêchant le tiers de devenir débiteur, pour s'obliger dès le principe à sa place, par exemple en empruntant pour lui.

L'intercession est cumulative lorsque l'intercédant s'oblige à côté du tiers, soit comme codébiteur principal, soit comme codébiteur accessoire.

Dans ce dernier cas l'intercession s'appelle cautionnement. L'intercession cumulative peut aussi se présenter sous forme de constitution de gage ou d'hypothèque. Ce sont

Digitized by Google

les garanties réelles par opposition au cautionnement, garantie personnelle.

Section II

Cautionnement.

§ 204. — **Cautionnement par stipulation.**

A. Forme. Trois formes :

1° la *sponsio*, la plus ancienne ; réservée aux citoyens Romains ;

2° la *fidepromissio*, accessible aux pérégrins.

La *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient s'ajouter qu'à une obligation verbale ; elles se prescrivaient en deux ans à partir de l'échéance de la dette cautionnée, et ne passaient pas aux héritiers.

3° la *fideiussio*, forme plus récente, accessible aux pérégrins, peut s'ajouter à des obligations de tout genre, même futures ou naturelles ; imprescriptible et transmissible aux héritiers. Subsiste seule en droit de Justinien.

B. Effets.

Le cautionnement par stipulation établit une responsabilité solidaire corréale entre les cautions et le débiteur principal (§ 200). Pour éviter l'effet extinctif de la litiscontestation, conséquence de la corréalité, on recourait à la *fideiussio indemnitatis*, où le fidéjusseur s'engage seulement à rendre le créancier indemne de tout ce qu'il n'aura pas pu obtenir du débiteur principal. Dans ce cas la responsabilité du fidéjusseur est subsidiaire et non plus solidaire. Le bénéfice de discussion créé par Justinien abolit la responsabilité solidaire du fidéjusseur qui, de plein droit, ne répond plus que subsidiairement.

Digitized by Google

§ 205. — Cautionnement par receptum argentarii, constitut et mandat.

1° *Receptum argentarii.* C'est le pacte par lequel un banquier s'oblige à payer la dette d'autrui.

2° *Constitut.* C'est le pacte par lequel on s'oblige à payer à un jour fixé une somme déjà due. Comme *constitutum debiti alieni* il sert au cautionnement.

3° Le mandat sert au cautionnement comme *mandatum credendi.* La caution donne mandat au créancier de prêter au débiteur. Comme tout mandant, elle devra répondre au mandataire dans l'*actio mandati contraria* de tout le dommage causé par l'exécution du mandat. Elle répondra en particulier de l'insolvabilité du débiteur.

Justinien a assimilé le *receptum argentarii* au constitut. Nous ne considérerons donc que le cautionnement par constitut et mandat.

Ces deux modes ont sur le cautionnement par stipulation l'avantage *a*) d'être difformes et de pouvoir être conclus entre absents ; *b*) de ne pas établir une responsabilité corréale avec effet extinctif de la litiscontestation.

Le *mandatum credendi* et le *constitutum debiti alieni* établissent entre la caution et le débiteur principal une responsabilité solidaire simple.

Ces deux modes de cautionnement diffèrent en ce que le mandat sert à cautionner une dette future, tandis que le constitut ne s'applique qu'à une dette déjà existante.

§ 206. — Nature et effets du cautionnement.

A. Nature. Le cautionnement établit une obligation accessoire, dans ce sens que sa validité dépend de celle de la dette principale ; il est nul si la dette principale est nulle et s'éteint avec elle.

Digitized by Google

La caution, débiteur accessoire, ne peut s'engager à plus que le débiteur principal ; si elle le fait, son engagement est nul au cas de stipulation accessoire ; il est réduit au cas de constitut ou mandat.

B. Effets. Le cautionnement a pour effet de donner au créancier un ou plusieurs nouveaux débiteurs accessoires. Nous devons donc étudier les droits du créancier contre les cautions ; nous verrons ensuite les droits de la caution qui a payé.

1° *Droits du créancier. Bénéfice de division.* En vertu de la solidarité résultant du cautionnement, le créancier peut à son choix poursuivre pour la dette entière soit le débiteur principal, soit l'une quelconque des cautions. Cette responsabilité solidaire des cautions reçut un tempérament dans le bénéfice de division accordé en cas de pluralité des cautions. Il fut d'abord introduit sous la République pour les *sponsores* et *fidepromissores* par une loi *Furia*, qui décida que la dette se diviserait entre les cautions vivantes à l'échéance. Il fut ensuite étendu par Hadrien aux fidéjusseurs et plus tard aux *mandatores credendi ;* mais la division ne s'opère plus ici entre les cautions vivantes à l'échéance ; elle a lieu seulement entre les cautions présentes et solvables au moment du procès. Justinien étendit le bénéfice de division aux cautions par constitut. La division doit être demandée par la caution poursuivie ; d'après la loi *Furia* elle s'opérait de plein droit.

2° *Droits de la caution. Recours.*

a) *Recours contre le débiteur principal.* La caution qui a payé la dette a contre le débiteur principal un recours en remboursement de ce qu'elle a payé, recours exercé par l'*actio mandati contraria* ou, s'il n'y a pas eu mandat, par l'*actio negotiorum gestorum contraria.*

b) *Recours contre les autres cautions.* La caution qui a payé plus que sa part, par exemple parce qu'elle a été

Digitized by Google

trompée par le créancier sur le nombre des autres cautions, a un recours contre ces dernières, grâce au bénéfice de cession d'actions en vertu duquel elle peut exiger du créancier la cession des actions qu'il avait contre les autres cautions. La somme affectée au remboursement de la dette est alors censée être le prix d'achat des actions cédées. Le bénéfice de cession d'actions comprend aussi les actions du créancier contre le débiteur principal ; il peut ainsi renforcer le recours de la caution contre ce dernier.

Section III

Sénatus-consulte Velléien.

§ 207. — **Prohibition de l'intercession des femmes.**

Des édits de Claude et d'Auguste avaient interdit aux femmes mariées d'intercéder pour leur mari. Le sénatus-consulte Velléien, de l'an 46, alla plus loin et interdit, *propter sexus imbecillitatem*, à toutes les femmes d'intercéder pour autrui.

La sanction de cette interdiction n'est pas la nullité de plein droit de l'intercession prohibée. Le Sénat se contente d'inviter les préteurs à empêcher toute poursuite contre la femme intercédante. Si le créancier reconnaît le fait de l'intercession, le préteur lui refuse l'action contre la femme ; s'il conteste l'intercession, le préteur lui accorde l'action, mais en y insérant l'*exceptio senatus consulti Velleiani.*

En cas d'annulation d'une intercession, si elle était cumulative, le créancier garde son action ordinaire contre le débiteur principal ; si elle était privative, le créancier obtient une action utile contre le tiers qui a profité de l'intercession.

Digitized by Google

L'application du sénatus-consulte Velléien est exclue par le dol de la femme, par exemple lorsqu'elle a affirmé s'obliger dans son propre intérêt. Il en est de même si la femme était intéressée à l'intercession, soit qu'elle ait été payée pour intercéder, soit qu'elle l'ait fait en apparence seulement pour autrui, mais au fond pour sa propre dette, par exemple en intercédant pour sa propre caution.

Justinien renforça la prohibition pour les femmes mariées dont l'intercession en faveur du mari est désormais nulle de plein droit. Dans les autres cas, la prohibition fut au contraire affaiblie.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Sujets adjoints. Actions adjectices.

Section I

Introduction.

§ 208. — Notions générales.

Les actions adjectices ont été introduites par le préteur :

1° pour donner du crédit aux esclaves et aux fils de famille, qui étaient incapables d'avoir rien en propre ;

2° pour remédier à l'absence de représentation (§ 169).

Elles sont accordées contre le maître ou le père de famille d'une part, contre le représenté d'autre part. Sauf celles dirigées contre le maître d'un esclave, elles consistent en l'action même du créancier contre le fils ou le représentant, mais avec la condamnation contre le père ou le représenté amenée par une transposition des sujets dans la formule. L'action adjectice du chef d'un esclave est par contre une action nouvelle avec fiction de liberté, car l'esclave ne s'oblige pas civilement. Abstraction faite de ce cas, l'action contre le débiteur originaire subsiste à côté de l'action adjectice, laquelle a ainsi pour effet d'ajouter un nouveau débiteur à l'ancien : *hoc edicto non transfertur actio sed adicitur*. La responsabilité du débiteur ad-

Digitized by Google

joint, bien qu'accessoire, n'est pas subsidiaire. Le créancier peut à son choix actionner le débiteur adjoint ou le débiteur principal. Mais la poursuite de l'un exclut celle de l'autre, puisque l'action adjectice n'est autre que l'action principale avec transposition des sujets.

La responsabilité du débiteur adjoint est tantôt limitée (actions de *peculio et de in rem verso*, *tributoria*), tantôt illimitée, *in solidum* (actions *exercitoria, institoria, quod iussu*). Ces 3 dernières actions créent entre le débiteur adjoint et le débiteur principal une solidarité analogue à la corréalité.

Les actions adjectices à responsabilité limitée sont celles qui ont pour but de remédier à l'incapacité des esclaves et fils de famille. Celles à responsabilité solidaire par contre doivent suppléer à l'absence de représentation.

Section II

Actions adjectices à responsabilité limitée.

§ 209. — **Action de peculio et de in rem verso.**

Le père de famille ne répond des dettes contractées par son fils ou esclave sans son autorisation, que jusqu'à concurrence de l'enrichissement (*in rem versio*) que lui a procuré le contrat du soumis par suite de la prestation du demandeur ; pour le surplus de la dette, il ne répond que jusqu'à concurrence du montant du pécule (*de peculio*). L'action *de peculio et de in rem verso* réunit ces deux chefs de condamnation, qu'il convient d'étudier séparément.

Premier chef de condamnation : pécule.

La responsabilité du père de famille résulte ici de ce qu'il est juridiquement propriétaire du pécule, tandis qu'en

Digitized by Google

fait les mœurs faisaient envisager le pécule comme le patrimoine du fils ou de l'esclave et exigeaient en conséquence qu'il servît à satisfaire les créanciers du soumis.

Le pécule se calcule déduction faite des créances du père contre le soumis. Mais le demandeur n'a pas à subir le concours des autres créanciers du soumis ; il conserve pour lui seul le bénéfice de la condamnation obtenue. C'est donc la prévention qui décide de l'ordre de satisfaction des créanciers, et cela d'après le moment de la condamnation, et non de la litiscontestation.

L'action *de peculio et de in rem verso* dépend, quant au premier chef de condamnation, de l'existence d'un pécule ; elle s'éteint, quant à ce chef, par l'expiration d'une année utile depuis le moment où le pécule a cessé d'exister sans dol du père de famille, par exemple par suite de la mort du soumis.

Second chef de condamnation : in rem versio.

Le profit procuré au père de famille (*in rem versio*) grâce au contrat d'où résulte la dette du soumis, est apprécié au moment de l'acte de version. Il importe peu qu'il ait disparu par la suite.

Ce chef de condamnation a l'avantage sur celui *de peculio* d'être indépendant de l'existence d'un pécule, d'être perpétuel, d'écarter la défalcation des créances du père et d'échapper aux conséquences de la prévention.

En droit de Justinien, il existe une action *de in rem verso utilis* pour l'enrichissement que nous retirons du contrat d'une personne non soumise à notre puissance.

§ 210. — Action tributoire.

Le principe de la prévention et de la défalcation des créances du père de famille est remplacé dans un cas par le principe contraire de la faillite, c'est-à-dire du concours

Digitized by Google

de tous les créanciers, y compris le père de famille, qui seront payés au prorata de leurs créances : c'est lorsque le soumis a fait, à la connaissance du père de famille, le commerce avec tout ou partie de son pécule. Dans ce cas, le père de famille doit, sur leur demande, répartir aux créanciers commerciaux du soumis, proportionnellement à leurs créances, la partie du pécule affectée au commerce et les bénéfices qui en proviennent. Si les créanciers ont à se plaindre d'un dol dans la répartition (*tributio*), ils ont contre le père de famille l'*actio tributoria*.

Section III

Actions adjectices à responsabilité illimitée.

§ 211. — Actions quod iussu, exercitoria, institoria.

Ces trois actions ont pour fondement commun le fait que le contractant a agi d'après la volonté de son maître ou père de famille. C'est pourquoi ce dernier répond *in solidum* des dettes ainsi contractées.

1° *Action quod iussu.* Accordée aux créanciers d'un soumis contre le père de famille, à raison des créances résultant d'un acte conclu par eux avec le soumis sur l'autorisation expresse et spéciale (*iussus*) du père.

2° *Action exercitoire.* Accordée contre l'armateur d'un vaisseau (*exercitor*), à raison des dettes contractées par le capitaine pour les besoins de la navigation et du commerce maritime dont il était chargé.

3° *Action institoire.* Accordée contre celui qui a préposé quelqu'un à la direction d'un magasin ou d'un commerce quelconque, à raison des dettes contractées par le

Digitized by Google

préposé (*institor*) dans la gestion du commerce dont il était chargé.

L'action exercitoire et l'institoire, à la différence des autres actions adjectices, sont accordées aussi lorsque le capitaine ou le préposé ne sont pas soumis à la puissance de l'armateur ou du préposant.

Elles ont pour fondement l'autorisation tacite et générale donnée implicitement aux tiers, de contracter à notre charge avec notre représentant. La responsabilité du représenté est limitée par l'étendue du mandat donné au capitaine ou au préposé, telle qu'elle résulte des circonstances ou d'une notification manifeste aux tiers.

L'action institoire fut étendue sous l'Empire au cas de mandat civil, qu'il fût spécial ou général. Cette action quasi-institoire correspond pour les représentants non soumis à notre puissance, à l'action *quod iussu*.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE V

Extinction des obligations.

CHAPITRE PREMIER

Modalités de l'extinction.

§ 212. — Extinction ipso iure et extinction ope exceptionis.

Cette distinction correspond à celle du droit civil et du droit prétorien. Les causes d'extinction admises par le *ius civile* agissent *ipso iure*, celles reconnues seulement par le *ius praetorium* agissent *ope exceptionis*.

La différence est importante au point de vue des effets et des conditions de l'extinction.

1° *Effets*. L'extinction *ipso iure* affecte l'existence même de l'obligation, l'extinction *ope exceptionis* n'affecte que son exercice, son exigibilité. La créance éteinte *ipso iure* n'existe plus ; celle éteinte *ope exceptionis* existe encore en droit, mais son exercice est paralysé par l'intervention du préteur. Il en résulte que l'extinction *ipso iure* est définitive, tandis que celle *ope exceptionis* peut ne pas l'être ; l'obligation éteinte *ope exceptionis* peut en effet recouvrer son entière efficacité si l'exception vient elle-même à disparaître ou à être paralysée dans ses effets par une réplique.

Digitized by Google

2° *Conditions.* L'unique condition de l'extinction *ipso iure* est l'existence du fait extinctif *iure civili.* Pour l'extinction *ope exceptionis*, l'existence du fait extinctif *iure praetorio* ne suffit pas, il faut encore l'insertion d'une exception correspondante dans la formule. Il en résulte qu'un fait extinctif *iure praetorio* ne peut être invoqué qu'avant la litiscontestation, tandis qu'un fait extinctif *iure civili* peut être invoqué en tout état de cause. L'extinction *ipso iure* se fait donc valoir *officio iudicis*, celle *ope exceptionis* se fait valoir *officio praetoris.* Cette différence a cependant perdu son importance pratique sous l'Empire par suite de la restitution en entier accordée au débiteur qui par erreur n'a pas invoqué à temps une exception péremptoire.

Remarque. Le préteur, s'inspirant du *ius gentium*, la distinction étudiée est une illustration du conflit historique entre le *ius civile* et le *ius gentium.* En matière d'extinction des obligations, le *ius civile* partait de principes purement formalistes ; il exigeait pour l'extinction des obligations contractuelles les mêmes formes que pour leur création ; de là les trois quittances solennelles *verbis*, *litteris*, *per aes et libram*, formes en dehors desquelles le paiement des obligations contractuelles, ne suffisait pas pour les éteindre. Le *ius gentium* par contre, s'attachant plus au fond qu'à la forme, partait de l'idée que l'obligation s'éteint dès que son but est atteint, c'est-à-dire dès que le créancier a été satisfait par un paiement ou qu'il s'est déclaré satisfait en renonçant à sa créance, en faisant remise au débiteur. Il est à remarquer cependant que certaines causes d'extinction du *ius gentium*, qui n'avaient d'abord été admises que par le préteur, ont fini par être reconnues par le *ius civile* et ont dès lors agi *ipso iure* : tels le paiement difforme et la dation en paiement.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Modes volontaires d'extinction.

SECTION I

Le paiement.

§ 213. — Règles essentielles.

Le paiement, *solutio*, est l'accomplissement de la prestation. L'obligation s'éteint, son but étant rempli.

Conditions du paiement :

1° *Objet. a*) Le paiement a pour objet l'objet même de l'obligation : la prestation due. Le créancier ne peut pas être contraint à accepter une autre prestation ; il est cependant libre de le faire ; il y a alors dation en paiement, opération à laquelle les Proculiens ne reconnaissaient qu'un effet extinctif *ope exceptionis*, tandis que les Sabiniens, dont l'opinion a prévalu, en faisaient une cause d'extinction *ipso iure*.

Remarque. Le paiement d'une obligation de donner suppose le débiteur propriétaire de la chose livrée, sinon il n'y a pas transfert de propriété. Le paiement avec les monnaies d'autrui est cependant valable si le créancier les a consommées ou mélangées aux siennes de bonne foi, car alors il se trouve enrichi de leur valeur.

b) Le paiement doit porter sur toute la prestation due.

Digitized by Google

Le créancier ne peut pas être contraint à accepter des paiements partiels, sauf deux exceptions : concordat et bénéfice de compétence.

Le concordat est l'acte par lequel la majorité des créanciers d'un débiteur en faillite lui fait remise d'une quote-part de ses dettes. La décision de la majorité lie la minorité ; le débiteur est libéré pour le tout par le paiement du dividende fixé. Le droit romain n'admet le concordat qu'en matière de succession, lorsque l'héritier en fait la condition de l'adition d'une succession insolvable.

Le bénéfice de compétence est le privilège accordé à certains débiteurs, à raison des égards que leur doit le créancier, de n'avoir à être condamnés qu'à ce qu'ils peuvent faire, à leur compétence. Le paiement partiel du bénéficiaire le libère pour le tout, sauf sa promesse de payer le surplus quand il le pourra, promesse imposée par le juge.

Ce bénéfice appartient :

1° au débiteur insolvable qui a spontanément déposé son bilan (*cessio bonorum*) ;

2° aux soldats ;

3° aux ascendants ;

4° au patron ;

5° au mari débiteur de la dot ;

6° à l'associé ;

7° au donateur poursuivi en exécution de la donation. La compétence du donateur, à la différence de celle des autres bénéficiaires, se calcule déduction faite de ses dettes. En outre, il n'est condamné qu'à ce qu'il peut faire sans être réduit à l'indigence.

2° *Sujets du paiement.*

a) *Solvens.* Le paiement peut être valablement fait par un autre que le débiteur, sauf quand la personnalité de celui-ci est un élément essentiel de la prestation (§ 177). Le tiers peut payer même contre le gré du débiteur.

Digitized by Google

b) *Accipiens*. Le paiement doit se faire dans la règle au créancier lui-même. Encore faut-il qu'il soit capable d'aliéner, car recevoir paiement c'est aliéner la créance. S'il ne l'est pas, le paiement doit se faire à son représentant légal, tuteur ou curateur. En outre, le débiteur peut payer au mandataire institué à cet effet par le créancier. Lorsque ce mandataire est *solutionis causa adiectus*, c'est-à-dire désigné dans l'acte principal, son mandat ne peut plus être révoqué ; le débiteur peut lui payer même malgré la révocation du créancier.

3° *Lieu du paiement*. C'est d'abord le lieu fixé par le contrat, fixation qui est censée faite dans l'intérêt des deux parties. Si le contrat est muet sur ce point, le débiteur peut payer en tout lieu non inopportun, surtout à son domicile après y avoir convoqué le créancier.

Remarque. La fixation d'un lieu de paiement par le contrat crée un for à l'action du créancier. Dans les actions de bonne foi, ce for concourt avec celui du domicile ou de l'origine. Le créancier peut actionner le débiteur à ces derniers fors, sauf au juge à tenir compte de l'intérêt des parties à l 'exécution de l'obligation au lieu fixé. Mais dans les actions de droit strict, le *forum solutionis* excluait les autres, ce qui permettait au débiteur d'échapper à toute poursuite en s'éloignant du lieu du paiement. Le préteur remédia à cet inconvénient en accordant au créancier une action en dehors du lieu du paiement. Cette action est arbitraire dans ce sens que le juge y est arbitre de l'intérêt des parties à l'exécution de l'obligation au lieu fixé.

4° *Moment du paiement*.

Ce point a été étudié avec la demeure (§ 191). Résumons l'essentiel en disant que si le débiteur ne doit payer qu'après que la dette est devenue exigible, il peut en principe payer avant.

Digitized by Google

Section II

Equivalents du paiement. Compensation.

§ 214. — **Introduction.**

Nous venons d'en voir un : la dation en paiement.

Nous en avions déjà rencontré précédemment un autre : les offres réelles suivies de consignation pour le compte d'un créancier en demeure (§ 191).

Il en reste un troisième : la compensation.

La compensation est l'extinction d'une créance par une dette : *debiti et crediti inter se contributio.* Elle suppose deux personnes à la fois débitrices et créancières l'une de l'autre.

Elle éteint les deux créances opposées jusqu'à concurrence du montant de la plus petite, comme s'il y avait eu un double paiement. Son but est précisément d'éviter un double paiement.

La compensation est conventionnelle lorsqu'elle résulte de l'accord des parties, judiciaire lorsqu'elle est opérée par le juge, légale lorsqu'elle résulte de plein droit, en vertu de la loi, de la seule coexistence des créances réciproques.

La compensation conventionnelle a été admise de bonne heure par le droit romain. La compensation légale lui est étrangère. La compensation judiciaire, inconnue au droit ancien, est largement admise par le droit romain développé.

§ 215. — **Histoire de la compensation judiciaire ; première phase.**

L'ancien droit la repoussait à cause du principe de l'unité de question, c'est-à-dire de la règle de procédure qui défend de poser au juge plus d'une question.

Digitized by Google

Mais déjà à la fin de la République la compensation judiciaire était admise dans trois cas :

1° Le cas le plus général est celui des actions de bonne foi issues d'un contrat synallagmatique. Le défendeur peut invoquer sa créance issue du contrat, car tout le *negotium* est soumis au juge. Mais d'autre part, un seul *negotium* lui est soumis ; il en résulte que la créance opposée en compensation doit être issue du même contrat, *ex eadem causa*, que la créance du demandeur. D'ailleurs, même dans cette hypothèse, le juge n'est pas obligé d'opérer la compensation ; il peut, s'il le préfère, renvoyer la créance du défendeur à un deuxième procès.

Dans les deux cas suivants au contraire, la compensation est un droit du défendeur, soustrait à l'arbitraire du juge.

2° Le banquier, *argentarius*, devait *agere cum compensatione*, c'est-à-dire demander seulement le solde à ses clients avec lesquels il était en compte courant. Si le banquier se trompe dans son calcul et demande plus que le solde, il perd son procès et sa créance par pluspétition.

3° L'acheteur des biens d'un failli, *bonorum emptor*, devait aussi subir la compensation que lui opposaient les créanciers du failli actionnés par lui. Sinon ces derniers auraient souffert l'injustice de ne recevoir pour leurs créances envers le failli qu'un dividende, bien que devant payer leurs dettes intégralement. Mais on ne pouvait exiger du *bonorum emptor* d'opérer lui-même la compensation, vu le désordre habituel des affaires d'un failli. Aussi ne demandait-on de lui que de *agere cum deductione*, c'est-à-dire de prier le juge de déduire de la créance du failli qu'il réclamait intégralement, ce que le failli pourrait devoir au défendeur. Ainsi le *bonorum emptor* ne courait pas le risque d'une pluspétition.

Digitized by Google

§ 216. — **Evolution ultérieure.**

L'évolution ultérieure de la compensation judiciaire est très obscure.

Nous savons que la compensation judiciaire fut étendue par Marc Aurèle aux actions de droit strict au moyen de l'exception de dol. On considère désormais comme un dol, une chicane, de réclamer ce qu'on sera obligé de rendre immédiatement. Nous savons aussi que cette exception se fonde sur une créance issue d'une autre source que celle du demandeur, *ex dispari causa*. On considère en outre généralement la réforme comme ayant dû s'étendre de suite aux actions de bonne foi, où l'exception de dol est sous-entendue ; par suite de cette extension, la compensation dans les actions de bonne foi, peut désormais se fonder sur une créance *ex dispari causa ;* elle est en outre soustraite à l'arbitraire du juge.

Mais ce que nous ne connaissons pas exactement, c'est le fonctionnement de cette *exceptio doli*. Entraînait-elle l'absolution totale du défendeur et n'amenait-elle ainsi qu'indirectement une compensation extrajudiciaire par la menace de son insertion dans la formule ? Amenait-elle au contraire une vraie compensation judiciaire en obligeant le juge à défalquer de la créance du demandeur celle du défendeur ?

C'est un point très controversé.

Nous ignorons également le sens exact des termes *ipso iure* dans les textes, probablement interpolés, qui parlent de compensation opérée *ipso iure*. Il paraît certain qu'ils ne visent pas une compensation légale.

Digitized by Google

§ 217. — **Règles de la compensation.**

A. Conditions.

1° Pour compenser deux obligations, il faut probablement que les prestations portent sur des choses de même genre, qualité et espèce. Mais on n'exige plus une même source, *eadem causa.*

2° La créance opposée en compensation doit être exigible. Il en résulte :

a) qu'on ne peut pas opposer en compensation une obligation naturelle. Il y a exception pour le cas de société entre un homme libre et un esclave. Cette exception a été généralisée sous Justinien (§ 173).

b) On ne peut pas compenser avec une créance conditionnelle ou à terme avant l'arrivée de la condition ou du terme.

3° La créance opposée en compensation doit être liquide, c'est-à-dire certaine et déterminée de la façon la plus précise.

4° La compensation doit être demandée par le défendeur ; mais une fois demandée, elle est soustraite à l'arbitraire du juge.

5° La compensation ne peut être invoquée par le dépositaire contre le déposant.

B. Effets.

1° L'effet extinctif de la compensation rétroagit au jour où les deux obligations ont commencé à coexister. Dès ce jour les intérêts ne courent plus. Le débiteur peut même répéter comme indû ce qu'il a payé de sa dette dans l'ignorance de sa créance.

2° La décision du juge sur la compensation a l'autorité de la chose jugée. Cependant, une créance opposée vainement en compensation dans un premier procès peut être

Digitized by Google

poursuivie dans un second procès, si le premier juge a écarté la compensation non pour inexistence de la créance, mais pour une autre raison, telle que non échéance du terme, etc.

Section III

Extinction par la volonté du créancier.

§ 218. — **Remise des dettes.**

A. Paiement imaginaire. Nous savons que l'ancien droit exigeait pour l'extinction des obligations contractuelles les mêmes formes que pour leur création (§ 212).

Lorsque plus tard, encore sous la République, le paiement difforme fut considéré comme efficace *ipso iure*, les quittances solennelles de l'ancien droit n'en gardèrent pas moins leur effet extinctif indépendant de tout paiement et furent employées pour faire remise des obligations nées dans les formes correspondantes. Elles étaient autrefois la *forma solvendi* et sont devenues maintenant des *imaginariae solutiones.*

Ces paiements imaginaires sont, comme les anciens contrats, au nombre de trois :

1° La *solutio per aes et libram* sert à éteindre les obligations nées par l'airain et la balance, de même que celles issues d'un jugement ou d'un *legatum per damnationem.* Elle consiste dans la pesée fictive d'un lingot d'airain remis avec des paroles solennelles de libération par le débiteur au créancier en présence de cinq témoins et du *libripens.*

2° Le paiement imaginaire *litteris*, destiné à éteindre les obligations littérales, consiste dans l'inscription d'un reçu dans le registre du créancier.

Digitized by Google

3° Le paiement imaginaire *verbis*, destiné à éteindre les stipulations, obligations verbales, s'opère dans les termes suivants : *quod ego tibi promisi, habesne acceptum ?* le créancier répond *habeo*. Répondre ainsi, c'est *acceptum ferre*, d'où le nom d'*acceptilation* donné à cette quittance solennelle, la seule qui subsiste en droit de Justinien. Pour éteindre par acceptilation des obligations non établies par stipulation, il fallait les transformer en obligations verbales par une novation. Pour opérer cette novation sur tous les droits d'une personne contre une autre, *Aquilius Gallus* a inventé une formule de stipulation novatoire, appelée stipulation aquilienne.

B. Pactum de non petendo et *contrarius consensus*.

La remise par simple pacte n'éteint la dette que *ope exceptionis* et non *ipso iure*. Le *ius civile* ne l'admet comme cause d'extinction *ipso iure* que pour les obligations délictuelles, le pardon étant toujours admis. De même une simple convention suffit pour éteindre les contrats consensuels, à condition qu'ils n'aient reçu aucun commencement d'exécution, *rebus adhuc integris*. Le *consensus* peut être anéanti par le *contrarius consensus*. En outre, certains contrats reposant sur une confiance toute personnelle, sont dissous par la résiliation unilatérale de l'une des parties, ainsi le mandat et la société.

§ 219. — **Novation.**

La novation est l'extinction d'une obligation par la création d'une nouvelle obligation qui a le même objet que l'ancienne et qui la remplace.

Pour la forme, la novation est une extinction par la volonté du créancier et ressemble à l'acceptilation. Pour le fond, elle est la dation en paiement d'une créance.

Son fondement est dans l'idée qu'on ne peut faire suc-

Digitized by Google

cessivement deux contrats, pas plus que deux procès, relativement à la même dette. Le second contrat n'existe pas s'il est identique au premier ; il remplace le premier s'il en diffère sur quelque point.

Conditions :

a) Forme :

L'acte novatoire doit être un contrat formel *verbis* ou *litteris*.

b) Fond :

1° Il faut une ancienne obligation à éteindre. Une obligation naturelle suffit.

2° Il faut que l'obligation nouvelle ait le même objet que l'ancienne mais,

3° qu'elle en diffère par un élément nouveau, soit qu'il y ait changement du sujet actif ou passif, soit que la nature ou les modalités de l'obligation soient changées ; nature : l'ancienne obligation n'était pas littérale ou verbale ; modalités : addition ou suppression d'un terme, d'une condition, d'une caution.

4° Il faut enfin l'*animus novandi*, sinon il y aurait deux obligations. L'intention de nover était présumée en droit classique pour tout contrat nouveau ayant le même objet que l'ancien mais renfermant un élément nouveau. Justinien abolit cette présomption et exigea que l'*animus novandi* fût exprimé d'une façon certaine.

Effets. La novation éteint *ipso iure* l'ancienne obligation avec tous ses accessoires. Ceux-ci peuvent cependant, sous l'Empire, être transférés sur la nouvelle obligation par une convention expresse avec le débiteur ou les tiers intéressés, par exemple les cautions. L'hypothèque ainsi transférée garde son rang.

Remarque. La novation par changement de débiteur s'appelle *expromissio*, celle par changement de créancier est souvent nommée *delegatio*, parce qu'elle ne peut pas avoir

Digitized by Google

lieu sans une délégation de l'ancien créancier, tandis que l'*expromissio* peut se faire sans délégation de l'ancien débiteur. Mais il ne faut pas confondre la novation et la délégation. La délégation est l'acte par lequel le délégant invite le délégué à faire au délégataire une prestation, telle qu'un paiement, une promesse, une remise de dette. Elle peut précéder l'*expromissio* aussi bien que la *delegatio* au sens étroit. Celles-ci ne sont que la mise à exécution de la délégation de l'ancien débiteur (*delegatio debiti*) ou de l'ancien créancier (*delegatio nominis*). Bien plus, il peut y avoir délégation sans novation, par exemple dans le but de faire crédit (*animo credendi*), ou de faire une libéralité (*animo donandi*), ou d'opérer un paiement (*animo solvendi*).

Digitized by Google

CHAPITRE III

Modes involontaires. Disparition d'un élément essentiel.

§ 220. — Disparition d'un sujet.

Cette disparition peut provenir de la *capitis deminutio*, de la mort ou de la confusion.

a) La *capitis deminutio* éteint *ipso iure* les dettes contractuelles du *capite minutus*, lequel n'en répond plus que *iure praetorio*, par suite d'une restitution en entier amenée par la fiction *si capite minutus non esset*.

b) La mort d'un sujet n'éteint pas l'obligation, qui, dans le droit développé, est transmissible aux héritiers. Quelques exceptions à ce principe sont des vestiges de l'intransmissibilité première (§ 169).

1° Les obligations délictuelles ne se transmettent contre les héritiers du délinquant que pour leur élément réipersécutoire, et cela seulement jusqu'à concurrence de l'enrichissement procuré par le délit aux héritiers. Elles se transmettent par contre aux héritiers du créancier, à moins qu'elles ne respirent la vengeance et n'aient pour but de satisfaire l'amour-propre du lésé.

2° Les stipulations accessoires de l'ancien droit, *adstipulatio*, *sponsio*, *fidepromissio*, s'éteignent par la mort de l'*adstipulator*, du *sponsor*, du *fidepromissor*.

Digitized by Google

3° Le mandat et la société sont dissous par la mort de l'une des parties.

Remarque. Toutes ces obligations intransmissibles deviennent transmissibles par la litiscontestation.

c) *Confusion.* C'est la réunion sur la même tête des deux qualités de débiteur et de créancier, par suite d'une succession héréditaire.

La confusion éteint l'obligation parce que personne ne peut se devoir à lui-même.

Dans la corréalité, la confusion n'a qu'un effet relatif et personnel. Mais s'il s'agit de la corréalité résultant d'un cautionnement par stipulation accessoire, la confusion entre le débiteur principal et le créancier libère les cautions.

§ 221. — Disparition de l'objet.

L'obligation s'éteint si la prestation qui en est l'objet devient impossible.

1° *Impossibilité matérielle.* L'obligation subsiste, c'est-à-dire que le débiteur doit des dommages-intérêts si l'impossibilité résulte de sa faute ou survient pendant sa demeure.

2° *Impossibilité juridique.* Elle se produit pour l'obligation de donner chaque fois que le créancier a obtenu d'autre part la propriété de l'objet dû. Il en résultait anciennement l'extinction de l'obligation même si le créancier avait obtenu sa créance à titre onéreux, contre un équivalent. Sous l'Empire par contre l'extinction ne s'opère que s'il y a concours de deux causes lucratives, c'est-à-dire lorsque le créancier acquiert à titre lucratif une chose qui lui était également due à titre lucratif.

Digitized by Google

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE

—

Partie spéciale.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE PREMIER

Obligations contractuelles.

CHAPITRE PREMIER

Les contrats.

§ 222. — Système classique des contrats.

Nous confondons aujourd'hui le contrat et la convention parce que l'accord des volontés suffit de nos jours pour produire une obligation juridique. A Rome il en était tout autrement ; la convention, ou pacte, c'est-à-dire le simple accord des volontés ne suffisait pas pour produire une obligation : *nuda pactio obligationem non parit.* Il fallait à l'origine que cet accord fût manifesté sous certaines formes solennelles, pour qu'il devînt un contrat muni d'action. Ces formes sont les trois suivantes : *per aes et libram, verbis, litteris.* Elles donnent naissance aux contrats formels. Plus tard, les besoins du commerce amenèrent la création de quelques contrats difformes, c'est-à-dire non formels ; ce sont les contrats réels et les contrats consensuels. Réels sont les contrats qui se forment *re*, c'est-à-dire par la prestation du créancier, le plus souvent la remise d'une *res.* Les contrats réels sont au nombre de quatre : *mutuum*, commodat, gage, dépôt. Consensuels sont les con-

Digitized by Google

trats qui se forment *consensu*, c'est-à-dire par le seul consentement des parties ; ils sont au nombre de quatre : vente, louage, mandat, société.

Le développement des contrats en était à ce point lorsque la théorie des contrats fut établie par les juristes. De là le système de *Gaius : re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* Le contrat *per aes et libram* n'est pas mentionné parce qu'il était tombé en désuétude. Ce système une fois établi devint classique, ne varia plus, et fut adopté par Justinien malgré tous les changements ultérieurs qui étendirent le nombre des conventions munies d'action.

Ces changements comportent :

1° La généralisation du principe des contrats réels, en vertu duquel une convention synallagmatique devient obligatoire par l'exécution de la prestation de l'une des parties. De cette généralisation résulta le système des contrats réels innommés.

2° L'extension à plusieurs cas nouveaux du principe des contrats consensuels, où l'accord suffit pour obliger. Les nouveaux pactes ainsi rendus obligatoires s'appellent *pacta vestita* parce que revêtus d'actions. Il y en a trois catégories : *a*) *pacta adiecta*, pactes adjoints aux contrats de bonne foi ; *b*) *pacta praetoria*, munis d'une action prétorienne ; *c*) *pacta legitima*, rendus obligatoires par les empereurs chrétiens.

En dehors des contrats rentrant dans le système classique, en dehors des contrats innommés et des *pacta vestita*, le droit romain maintint intacte la règle que le seul consentement ne suffit pas pour produire une action. Mais les simples pactes ne restèrent pas dépourvus de tout effet, car le préteur opposa à toute demande contraire aux conventions des parties l'*exceptio pacti* (§ 218).

Le maintien du principe que la simple convention ne

Digitized by Google

suffit pas pour obliger, s'explique par la plasticité et l'usage général de la stipulation, qui pouvait s'appliquer à toute convention et la transformer ainsi en contrat muni d'action.

§ 223. — **Diverses catégories de contrats.**

1° Les contrats formels, par opposition aux contrats difformes, sont ceux dont la conclusion est, sous peine de nullité absolue, subordonnée à l'observation de certaines formes solennelles.

2° Le contrat causal contient en lui-même la raison d'être, la cause de l'obligation qu'il engendre. Si l'emprunteur doit restituer la somme empruntée, la raison en est que cette somme lui a été prêtée. Ne lui a-t-elle pas été prêtée, alors il ne peut pas être tenu de la restituer.

Le contrat abstrait fait abstraction des raisons qui l'ont fait conclure et de la cause de l'obligation qu'il crée. Ces raisons existent en fait dans une convention préalable, mais elles sont indifférentes en droit pour la formation et la validité du contrat abstrait. Si le débiteur *ex stipulatu* doit la somme promise, ce n'est pas parce qu'il l'a empruntée, mais uniquement parce qu'il l'a promise dans les formes voulues, quelles que soient les raisons de cette promesse, se fût-il même engagé par erreur.

3° Le contrat unilatéral n'oblige que l'un des contractants. Le contrat bilatéral ou synallagmatique oblige les deux contractants, soit tous deux principalement (synallagmatique parfait), soit l'un principalement et l'autre accessoirement, éventuellement (synallagmatique imparfait).

4° Le contrat de droit strict est muni d'une action de droit strict ; le contrat de bonne foi est muni d'une action de bonne foi (§ 172).

5° Suivant leur origine, les contrats sont *iuris civilis* ou

Digitized by Google

iuris gentium. Les premiers sont réservés aux citoyens romains.

Les contrats *iuris civilis* sont les trois contrats *per aes et libram*, *verbis*, *litteris*. Ils sont tous formels, abstraits, unilatéraux et de droit strict. Sur ce dernier point le pacte de fiducie adjoint au contrat *per aes et libram* fait exception, il est de bonne foi. En outre, lorsque sous l'Empire la stipulation devint accessible aux pérégrins on put dire dans ce sens qu'elle était devenue *iuris gentium*.

Les contrats autres que ces trois de l'ancien droit sont tous *iuris gentium*, difformes, causaux, et, sauf le *mutuum*, bilatéraux et de bonne foi.

Le *mutuum*, probablement le plus ancien contrat *iuris gentium*, a pris et conservé en droit romain le caractère unilatéral et strict des anciens contrats.

Différences entre les contrats de droit strict et de bonne foi :

1° en ce qui concerne les actions correspondantes, v. § 172 ;

2° en ce qui concerne la responsabilité pour la faute, v. § 187 et 189 ;

3° en ce qui concerne l'objet, v. § 180 ;

4° en ce qui concerne les effets accessoires des contrats non prévus par les parties. Sur ce point, les juristes de l'Empire cherchent, dans les contrats de bonne foi, à réaliser l'équité par l'application du principe de l'équilibre entre les profits et les pertes : *cuius periculum, eius est commodum*.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Contrats formels.

SECTION I

Contrat par aes et libram.

§ 224. — Nexum, mancipatio, fiducia.

A. Formalités : pesée fictive (à l'origine réelle) d'un lingot d'airain par un *libripens* en présence de cinq témoins au moins, et avec paroles solennelles prononcées par les parties.

B. Emploi.

1° *Nexum.* L'ancien prêt d'argent *per aes et libram.* On admettait jusqu'à ces dernières années que le *nexum* donnait au créancier le droit de faire sans jugement *manus iniectio* sur le débiteur, qu'il constituait un titre exécutoire en sa faveur. Mais ce point est actuellement très controversé.

2° *Mancipation.* L'ancienne vente *per aes et libram.* Imposait au vendeur l'obligation de garantie du chef d'éviction, obligation sanctionnée par l'*actio auctoritatis*, au moyen de laquelle l'acheteur évincé obtient le double du prix déclaré de vente.

3° *Fiducia.* Nous avons déjà étudié la fiducie au § 16, auquel nous renvoyons.

Digitized by Google

Section II

Contrat verbis.

§ 225. — **La stipulation.**

A. Forme : interrogation du créancier suivie d'une réponse littéralement conforme du débiteur.

La plus ancienne formule, ***spondesne spondeo***, était ***iuris civilis***, réservée aux citoyens romains. D'autres formules plus récentes, ***dabis dabo***, ***promittis promitto***, etc. étaient ***iuris gentium***, c'est-à-dire accessibles aux pérégrins (§ 223).

Ces exigences de forme furent atténuées avec le temps. On admit d'abord l'usage des langues étrangères ; ensuite on abolit la nécessité d'une réponse littéralement conforme à la demande. Enfin l'empereur Léon supprima, au Ve siècle de notre ère, le réquisit d'une interrogation et d'une réponse. Mais la stipulation n'en restait pas moins un contrat verbal, c'est-à-dire qu'elle devait toujours être conclue de vive voix entre parties présentes. Cependant, même ce caractère s'effaça peu à peu par suite de l'usage de dresser un acte écrit, pour constater la conclusion du contrat. Un tel écrit, *cautio*, était considéré, dès la fin de l'époque classique, comme établissant, jusqu'à preuve contraire, la régularité de la stipulation constatée. Justinien décida d'admettre, comme preuve contraire, seulement celle que l'une des parties avait, pendant toute la journée indiquée dans la *cautio*, été absente du lieu indiqué. De cette façon, deux personnes présentes le même jour dans le même lieu peuvent valablement conclure une stipulation par écrit, sans se voir et sans échanger aucune parole. C'est un véritable contrat écrit.

Digitized by Google

B. Emploi.

1° La stipulation sert à rendre obligatoires des conventions non obligatoires, et cela soit directement en les moulant dans ses formes, soit indirectement en leur ajoutant une stipulation pénale.

Parmi les conventions rendues directement obligatoires par stipulation, à citer la stipulation d'intérêts (§ 184). Quant à la stipulation pénale, elle sert aussi à fixer conventionnellement les dommages-intérêts de l'inexécution (§ 195).

2° La stipulation sert à nover les obligations déjà existantes (§ 219).

C. Effets. La stipulation fait naître une action de droit strict. La responsabilité du débiteur peut être assimilée à celle d'un débiteur de bonne foi au moyen d'une *clausula doli*, par laquelle le débiteur promet de s'abstenir de tout dol (§ 187), ou d'une *exceptio doli* insérée dans la formule (§ 172).

Section III

Contrat litteris.

§ 226. — **Nomen transcripticium.**

Le contrat littéral se forme par l'inscription, avec le consentement du débiteur, d'un prêt fictif dans le *codex accepti et expensi* du créancier.

Ce *codex* était un livre de caisse où le père de famille inscrivait ses recettes et dépenses. Les inscriptions donnaient les noms de ceux qui avaient reçu de l'argent de la caisse (*nomina arcaria*) et servaient, en cas de prêt, à prouver le prêt et non à créer l'obligation de l'emprunteur déjà obligé *re*.

Digitized by Google

L'obligation se formait *litteris* lorsque l'inscription ne résultait pas d'un prêt réel mais d'un prêt fictif : le créancier inscrit dans la colonne des dépenses, à la charge du débiteur et avec son consentement, un déboursé qu'il n'a pas fait. Dans ce cas, pour que la balance de la caisse soit juste, le créancier doit préalablement inscrire la somme en question dans la colonne des recettes comme entrée dans la caisse. L'opération comporte ainsi une transcription d'une colonne à l'autre, d'où le nom de *nomen transcripticium* donné à la créance qui en résulte.

Le *nomen transcripticium* sert surtout à la novation, soit pour changer la personne du débiteur (*transcriptio a persona in personam*), soit pour transformer une obligation non littérale en obligation littérale (*transcriptio a re in personam*). Il sert aussi à donner force obligatoire à un simple pacte.

Le contrat littéral disparut sous l'Empire, de même que le *codex accepti et expensi*. Il était *iuris civilis*, réservé aux citoyens romains. Les pérégrins avaient, comme contrat correspondant, les *chirographa* et les *syngraphae*, dont la combinaison ultérieure avec la *cautio* relative à la stipulation a amené l'évolution décrite au paragraphe précédent.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Contrats réels.

SECTION I

Introduction.

§ 227. — Do ut reddas.

Dans les quatre contrats réels la prestation qui donne naissance au contrat, la *res*, est la remise d'une chose par le créancier au débiteur, à charge par ce dernier de la restituer après l'emploi convenu. Il y a donc dans ces contrats un *do ut reddas*. Ce *do ut reddas* revêt deux modalités différentes suivant que la restitution imposée au débiteur doit s'opérer *in genere* (*do ut tantundem reddas*) ou *in specie* (*do ut idem reddas.*) La distinction est importante parce que dans les contrats à restitution générique, le débiteur devient propriétaire des choses reçues et en supporte les risques, ce qui n'a pas lieu dans les contrats à restitution individuelle. Ensuite, le contrat à restitution générique ne peut porter que sur des fongibles, tandis que le contrat à restitution individuelle porte le plus souvent sur des non fongibles.

Des quatre contrats réels, seul le *mutuum* est à restitution générique. Les trois autres, commodat, gage, dépôt,

Digitized by Google

sont à restitution individuelle. La jurisprudence romaine a cependant fini par admettre avec quelque hésitation que le dépôt de fongibles pourrait se faire à charge de restitution générique. C'est le *depositum irregulare* des interprètes, qu'il est difficile de distinguer du *mutuum*.

SECTION II

Mutuum.

§ 228. — **Notions générales.**

Le *mutuum*, prêt de consommation, est le contrat par lequel le prêteur transfère la propriété d'une certaine quantité de fongibles à l'emprunteur, à charge pour ce dernier de lui en restituer autant de même genre et qualité.

C'est un contrat de droit strict, bien que *iuris gentium* (§ 223). Il en résulte :

1° qu'il est unilatéral. Il n'oblige que l'emprunteur, contre lequel le prêteur a une action de droit strict en restitution des quantités prêtées, la *condictio certae pecuniae* s'il s'agit d'argent, la *condictio triticaria* s'il s'agit de denrées, à l'exemple du froment, *triticum*.

2° Que le débiteur n'est tenu qu'à ce qu'il a promis, c'est-à-dire à la restitution d'une quantité déterminée, d'un *certum*, qui ne peut pas être supérieure à la quantité empruntée. Donc pas d'intérêts moratoires et pas d'intérêts conventionnels. Ces derniers ne peuvent être établis dans le *mutuum* que par stipulation (§ 184), et sont alors réclamés par l'action née de cette stipulation. Exception est faite pour le *foenus nauticum*.

Digitized by Google

§ 229. — **Mutui datio.**

L'élément réel nécessaire à la formation du contrat de prêt est le transfert de la propriété d'une quantité de fongibles, du prêteur à l'emprunteur, la *mutui datio*. Ces fongibles sont presque toujours, mais pas nécessairement, des consomptibles, d'où le nom prêt de consommation.

La *mutui datio* étant un transfert de propriété du prêteur à l'emprunteur, exige normalement une tradition à l'emprunteur effectuée par le prêteur lui-même et portant sur des choses appartenant à ce dernier. Mais la jurisprudence de l'Empire renonça à la nécessité d'une tradition directe du prêteur à l'emprunteur et reconnut la *mutui datio* effectuée par un représentant du prêteur ou à un représentant de l'emprunteur. Elle renonça même à la nécessité d'un transfert de propriété et reconnut la validité d'un *mutuum* constitué par la mise d'une valeur dans le patrimoine de l'emprunteur, quelle que soit la manière dont le prêteur a amené ce résultat. Dès lors il y a *mutuum* valable, si le prêteur remet des fongibles d'autrui à l'emprunteur et que celui-ci les consomme de bonne foi, car alors il se trouve enrichi de leur valeur. De même il y a *mutuum* valable lorsqu'un débiteur est autorisé par son créancier à garder à titre de prêt une somme qu'il lui doit à un autre titre, ou bien lorsque je vous donne une chose pour la vendre et en garder le prix à titre de prêt, ou bien lorsque je vous donne une chose estimée avec la clause que l'estimation constituera la somme prêtée.

§ 230. — **Sénatus-consulte Macédonien.**

Ce sénatus-consulte, après une loi analogue de Claude, crée, sous Vespasien, une incapacité spéciale d'emprunter en défendant les prêts d'argent faits aux fils de famille. Il

Digitized by Google

fut occasionné par le parricide commis par un fils endetté, *Macedo*. Il met fin, en matière de prêt d'argent, à la contradiction résultant de l'incapacité des fils de famille d'avoir rien en propre, et de leur faculté illimitée de s'obliger.

La sanction de la défense est la même que celle du sénatus-consulte Velléien : dénégation d'action ou exception (§ 207). Mais la dette du fils de famille, à la différence de celle de la femme qui a intercédé, subsiste comme obligation naturelle.

La défense ne s'applique qu'au prêt d'argent, non au prêt d'autres fongibles, à moins qu'il n'y ait là prêt d'argent dissimulé. Elle ne s'applique ni au fils soldat empruntant pour son *peculium castrense*, ni aux emprunts autorisés par le père ou dont il a tiré profit (*in rem versio*), ni aux prêts faits à un fils de famille par un mineur.

§ 231. — Fœnus nauticum.

C'est le prêt d'outre-mer ou prêt à la grosse aventure, variété du *mutuum*. Il se distingue du *mutuum* en ce que l'emprunteur, un armateur dont le vaisseau va entreprendre un voyage déterminé, n'est obligé de restituer la somme empruntée en vue de ce voyage, *pecunia traiecticia*, que si le vaisseau arrive à bon port. C'est donc le prêteur qui supporte les risques du voyage. Aussi peut-il exiger des intérêts dont le taux n'était, avant Justinien, limité par aucun maximum légal et qui peuvent être établis valablement par simple pacte. Justinien a fixé un maximum légal aussi pour le *foenus nauticum* : 12 %.

Digitized by Google

Section III

Contrats réels à restitution individuelle.

§ 232. — **Commodat, gage, dépôt.**

1° Le commodat, prêt à usage, est le contrat par lequel le commodant remet gratuitement une chose au commodataire pour en faire un usage déterminé, à charge par le commodataire de la lui restituer après l'usage convenu.

Variété : le précaire est un commodat arbitrairement révocable, qui peut avoir pour objet aussi l'exercice d'un droit et non seulement l'usage d'une chose.

2° Le gage (*pignus*) est le contrat par lequel le constituant du gage remet une chose au créancier gagiste pour lui garantir sa créance, à charge par le créancier gagiste de lui restituer après l'extinction de la créance, soit la chose elle-même, soit, si elle a été vendue, l'excédent du produit de la vente sur la créance, *hyperocha.*

3° Le dépôt est le contrat par lequel le déposant confie une chose au dépositaire, qui se charge de la garder gratuitement et doit la restituer à la première sommation.

Variétés :

a) *dépôt nécessaire, depositum miserabile ;* c'est le dépôt fait en cas d'urgence, de force majeure, et à raison duquel le dépositaire infidèle est condamné au double ;

b) *séquestre ;* c'est le dépôt d'une chose litigieuse fait par plusieurs personnes auprès d'un séquestre pour qu'elle soit restituée à la partie gagnante ;

c) *dépôt irrégulier ;* v. § 227.

Digitized by Google

§ 233. — **Principes communs.**

Ces trois contrats réels sont *iuris gentium*, difformes et de bonne foi. Ils ont été modelés sur la fiducie ; le caractère infamant de l'*actio fiduciae* a été conservé dans l'*actio depositi*.

Ils sont tous synallagmatiques imparfaits, c'est-à-dire qu'à côté de l'obligation principale de restituer la chose, obligation sanctionnée par l'*actio directa* du contrat, ils peuvent donner naissance à une obligation accessoire, imposée au créancier principal, d'indemniser le débiteur des frais et dommages causés par l'exécution du contrat. Cette obligation éventuelle est sanctionnée par l'*actio contraria* du contrat.

Les trois contrats étudiés, ne comportant pas transfert de propriété, peuvent valablement porter sur la chose d'autrui ; mais ils sont nuls s'ils portent sur la chose du débiteur. En outre le débiteur ne peut pas disposer arbitrairement de la chose sans commettre un *furtum*. Il commet un *furtum usus* s'il en fait un usage illicite ; est illicite tout usage non spécialement autorisé par la convention.

La responsabilité des parties pour leur faute est, sauf l'exception en faveur du précariste, déterminée par les principes généraux ; elle est proportionnée à leur intérêt au contrat.

Le débiteur en demeure supporte les risques. Un *furtum usus* suffit à le mettre en demeure.

Digitized by Google

Section IV

Contrats réels innommés.

§ 234. — Notion et formation historique.

Le principe *re contrahitur obligatio* déjà réalisé dans les contrats réels nommés, pour le cas *do ut reddas*, fut ensuite étendu à toutes les conventions synallagmatiques portant promesse d'échanger deux prestations. En conséquence, une telle convention, si elle ne l'est pas déjà comme contrat consensuel, devient obligatoire dès que l'une des parties a accompli sa prestation. Les nouveaux contrats réels ainsi reconnus n'ont pas de noms spéciaux vu leur variété ; de là la désignation de contrats innommés. Les Romains les appellent *nova negotia*. Ils se ramènent à 4 types : *do ut des* (échange), *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

Leur formation historique est mal connue à cause des nombreuses interpolations faites par les compilateurs de Justinien en cette matière.

Anciennement, la partie qui avait exécuté sa prestation, ne pouvait pas exiger la contre-prestation de l'autre partie, mais elle pouvait, faute par cette dernière de s'exécuter volontairement, répéter au moyen de la *condictio causa data causa non secuta*, la prestation faite. On finit cependant par lui accorder dans certains cas le droit d'exiger la contre-prestation, soit au moyen d'une action prétorienne *in factum*, soit au moyen d'une action civile et de bonne foi, appelée action *praescriptis verbis* à cause de l'exposé des faits placé en tête de la formule. Cette action civile fut d'abord introduite pour le cas d'*aestimatum*, où une personne remet à une autre une chose estimée, à charge de

Digitized by Google

rendre la chose ou l'estimation. On l'admit ensuite dans d'autres cas tels que l'échange, mais c'est seulement Justinien qui l'accorda d'une manière générale.

A côté de cette action, le créancier n'en conserva pas moins la *condictio causa data causa non secuta* en restitution de la prestation accomplie, et cela même en dehors de tout retard chez l'autre partie dans l'exécution de la contre-prestation. Ainsi, le créancier a le droit de se dédire du contrat, tant que le débiteur n'a pas accompli sa prestation. C'est le *ius poenitendi.*

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Contrats consensuels.

SECTION I

Contrats synallagmatiques.

§ 235. — Rapport des obligations réciproques.

Dans le droit romain développé, les obligations réciproques issues d'un contrat synallagmatique sont connexes : chaque partie ne peut exiger la prestation de l'autre partie qu'à condition d'offrir la sienne. Cette connexité a-t-elle existé de tout temps ? Keller a soutenu que oui, mais Dernburg a montré que le droit romain est parti du système de l'indépendance absolue des obligations réciproques, dont chacune pouvait se faire valoir abstraction faite de l'accomplissement de l'autre. Ce système primitif a laissé dans le droit postérieur les traces suivantes :

1° La règle que l'acheteur supporte les risques de la chose, c'est-à-dire qu'il doit le prix même si la chose achetée a péri par cas fortuit avant la livraison.

2° L'existence de contrats boiteux dans lesquels, malgré le caractère synallagmatique du contrat, une seule partie est obligée. C'est le cas par exemple lorsqu'un pupille a conclu un contrat synallagmatique sans l'assistance de

Digitized by Google

son tuteur. Le cocontractant est alors seul obligé. Le pupille il est vrai ne pourra, dans le droit développé, exiger la prestation de l'autre partie qu'en offrant la sienne. Mais il n'en reste pas moins cette particularité que l'incapable a une action contre son cocontractant, lequel n'en a point contre l'incapable.

La connexité des obligations réciproques issues d'un contrat synallagmatique fut d'abord établie pour le cas de vente aux enchères par un *argentarius*. Le préteur accorda contre lui une exception *mercis non traditae*, s'il réclamait le prix sans offrir la marchandise. Le principe de cette exception fut généralisé au moyen de l'*exceptio doli generalis* opposée à la partie qui exigeait la prestation de l'autre sans offrir la sienne. Cette exception, qui pouvait être sous-entendue dans les actions de bonne foi, est appelée par les modernes *exceptio non adimpleti contractus*. Il est à remarquer qu'elle n'est pas en principe opposable au locataire, qui, sauf convention contraire, peut exiger d'être mis en jouissance de la chose louée sans offrir le loyer.

Section II

La vente.

§ 236. — **Notion. Eléments essentiels.**

La vente, *emptio venditio*, est le contrat par lequel le vendeur s'oblige à procurer à l'acheteur une chose, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer.

C'est un contrat *iuris gentium*, synallagmatique et de bonne foi.

La vente diffère du louage de chose en ce qu'elle a pour

Digitized by Google

but de procurer à l'acheteur la jouissance définitive, et non seulement passagère, d'une chose. Le bail héréditaire appelé emphytéose qui a aussi pour but la jouissance durable d'une chose, forme en vertu d'une décision de Zénon, un contrat à part, le cinquième contrat consensuel.

Les éléments essentiels du contrat de vente sont le consentement sur la chose et le prix.

1° Sur le consentement rien de particulier à signaler.

2° La chose peut être un objet ou un droit quelconque susceptibles d'être aliénés, ainsi une créance, l'exercice d'un usufruit, etc. Ce peut être la chose d'autrui (§ 179) ou une chose future. Pour les choses futures on distingue l'*emptio rei speratae*, où la vente ne se parfait que conditionnellement, si la chose vendue vient à exister, et l'*emptio spei*, qui se parfait dès qu'il y a consentement, parce que l'objet de la vente est ici la chance que la chose vienne à exister.

3° Le prix consiste en une somme d'argent, c'est ce qui distingue la vente de l'échange, contrairement à la théorie Sabinienne qui voulait les assimiler.

En outre, le prix doit être déterminé ou déterminable, *certum* (§ 178); il doit être *verum*, réel, sérieux, sincère et non simulé. Mais il n'a pas besoin d'être *iustum*, de correspondre à la valeur de la chose. Cependant, une réforme attribuée par Justinien à Dioclétien, permet au vendeur d'attaquer la vente pour lésion d'outre moitié ; il peut dans ce cas demander la résiliation de la vente, sauf le droit pour l'acheteur d'y échapper en payant le supplément du prix.

§ 237. — **Effets de la vente.**

A. Obligations du vendeur. Actio empti.

1° *Obligation de garder la chose jusqu'à la livraison.*

Digitized by Google

Sur ce point le vendeur doit la *diligentia in custodiendo*, la *custodia rei*. Mais il ne répond pas des cas fortuits ; c'est l'acheteur qui supporte les risques de la chose, et cela: *a*) dans les ventes d'objets génériques, dès leur individualisation opérée avec le consentement de l'acheteur ; *b*) dans les ventes d'objets individuels, dès la perfection du contrat, par conséquent, si la vente est conditionnelle, seulement dès la réalisation de la condition. Si la chose a péri avant l'événement de la condition, c'est aux risques du vendeur ; mais il faut pour cela une perte totale qui empêche la vente de se former faute d'objet ; une perte partielle, détérioration, est supportée par l'acheteur.

2° *Obligation de livrer la chose*. Le vendeur doit procurer à l'acheteur la libre possession et la jouissance de la chose, *vacuam possessionem praestare*. Mais il n'est pas tenu de lui en fournir la propriété. Cependant le vendeur sera normalement propriétaire de la chose vendue et alors l'acheteur pourra en acquérir la propriété ; pour ce transfert de propriété la simple tradition ne suffit pas, il faut en outre que le prix ait été payé ou que le vendeur ait consenti à transférer la propriété de la chose avant d'être payé, ce qui s'appelle créditer le prix.

3° *Garantie du chef d'éviction*. Le vendeur est tenu de maintenir l'acheteur en possession de la chose livrée ; *rem habere licere*. En cas d'éviction, c'est-à-dire lorsque l'acheteur est dépouillé de la chose par un tiers à la suite d'un procès basé sur un droit réel antérieur à la vente, le vendeur est tenu à des dommages-intérêts complets, à condition toutefois que le procès lui ait été dénoncé pour le mettre à même d'y défendre. Sous la République, la garantie du chef d'éviction existait bien dans la mancipation (*actio auctoritatis*, § 224), mais ne résultait pas de plein droit de la vente consensuelle. On l'établissait alors par une stipulation, qui était généralement du double du prix

Digitized by Google

d'achat, *stipulatio duplae*. Peu à peu on rendit cette stipulation obligatoire, c'est-à-dire que l'acheteur pouvait l'exiger du vendeur dans l'*actio empti*, et enfin on la considéra comme sous-entendue, c'est-à-dire que l'acheteur évincé put désormais réclamer directement des dommages-intérêts par l'*actio empti*.

4° *Garantie des vices cachés*. Le droit civil dans l'*actio empti* rendait le vendeur responsable *ex pacto* des qualités promises et *ex dolo* des vices dont il avait affirmé l'absence ou dissimulé l'existence sciemment. Sur ce dernier point, l'acheteur devait prouver que le vendeur connaissait ces vices. L'édit des édiles curules étendit cette responsabilité en partant de l'idée que le vendeur doit connaître la chose qu'il vend. Cette responsabilité édilicienne, limitée d'abord aux ventes de la compétence des édiles, c'est-à-dire aux ventes d'esclaves et d'animaux faites au marché, est sanctionnée par deux actions au choix de l'acheteur : l'action rédhibitoire en résolution de la vente ou l'action *quanti minoris*, *aestimatoria*, en réduction du prix. Ces actions étaient accordées à l'acheteur, la première dans les 6 mois utiles, la seconde dans l'année et cela en cas d'absence des qualités promises par le vendeur ou lorsque des vices essentiels et non apparents de la chose venaient à se révéler qui n'avaient pas été déclarés par le vendeur, alors même que ce dernier ne les aurait pas connus. Sont essentiels les vices qui rendent la chose impropre à son usage normal ou qui la déprécient sensiblement.

Ces règles de l'édit des édiles furent étendues sous l'Empire à toutes les ventes.

B. Obligations de l'acheteur. Actio venditi.

L'acheteur doit payer le prix. Il le doit même si la chose a péri par cas fortuit après la conclusion de la vente. Il doit en outre les intérêts du prix depuis la livraison de la chose (§ 184).

Digitized by Google

§ 238. — **De quelques modifications de la vente.**

1° *Vente à l'essai.* C'est la vente dans laquelle l'acheteur est libre d'agréer la chose ou de la refuser après examen. Malgré le principe général qu'un contrat est nul si son existence dépend de la seule volonté de l'une des parties, la validité de la vente à l'essai a été admise pour des motifs pratiques, pour permettre à l'acheteur d'apprécier les choses dont les qualités et les défauts ne se révèlent pas à première vue, tels les esclaves.

2° *Addictio in diem.* C'est le pacte par lequel le vendeur se réserve le droit de résilier la vente pour le cas où, dans un délai déterminé, il recevrait des offres meilleures à un point de vue quelconque. Si des offres meilleures lui sont faites, le vendeur n'est pas obligé de leur donner suite ; mais s'il veut user de son droit de résolution, alors le premier acheteur a la faculté de conserver la chose en réalisant les offres meilleures.

En cas de résiliation, le vendeur a droit à la restitution de la chose avec ses fruits et accessoires, moyennant remboursement du prix et des impenses.

3° *Lex commissoria.* C'est le pacte par lequel le vendeur se réserve le droit de résilier la vente pour le cas où l'acheteur n'aurait pas intégralement payé le prix au terme fixé. Si le prix n'est pas payé à temps, le vendeur n'est pas obligé de résilier la vente, mais il peut le faire, et alors l'acheteur devra lui restituer la chose avec fruits et accessoires, sans que le vendeur ait à rembourser ce qu'il a reçu à titre d'arrhes ou même d'acomptes du prix. Le choix du vendeur entre la résiliation et le maintien du contrat est libre, mais une fois fait, il est irrévocable.

Remarque. Ces trois modifications de la vente peuvent se présenter sous deux formes : soit comme condition sus-

Digitized by Google

pensive, soit comme condition résolutoire de la vente. En cas de doute, on présume pour la condition résolutoire. La distinction est importante pour les effets réels de la vente. S'il y a condition suspensive, l'acheteur, même au cas où il en a reçu livraison, n'acquiert aucun droit réel sur la chose, tant que la condition est en suspens, car la vente n'est pas encore parfaite. S'il y a condition résolutoire, bien que la vente soit parfaite dès le commencement, l'acheteur ne pourra, tant que la résolution est en suspens, acquérir la propriété de la chose à lui livrée qu'au cas où il aura payé le prix. Or ce paiement, inconcevable avec la *lex commissoria* en suspens, ne se présentera pas dans la vente à l'essai ni dans l'*addictio in diem* en suspens. L'acheteur aura cependant l'*exceptio rei venditae et traditae* contre la revendication du vendeur et par conséquent la propriété publicienne. Mais si la vente est résolue, il perd et l'exception de chose vendue et la propriété publicienne, qu'il ne faut pas prendre ici pour une propriété civile résoluble, notion inconnue au droit romain.

Section III

Le louage.

§ 239. — **Notion. Variétés.**

Le louage, *locatio conductio*, est le contrat par lequel une partie s'engage à fournir à l'autre l'usage d'une chose ou un certain travail, moyennant un prix, *merces*, que cette autre partie s'engage à lui payer.

C'est un contrat *iuris gentium*, consensuel, synallagmatique et de bonne foi.

Les éléments essentiels sont : consentement, objet, prix.

Digitized by Google

Si l'objet est l'usage d'une chose, il y a louage de chose, *locatio conductio rei.*

Si l'objet est un travail, il y a louage de services, *locatio conductio operarum*, lorsque le travail est déterminé dans son genre et sa quantité abstraction faite du résultat, par exemple tant de journées de tel travail, il y a louage d'ouvrage, *locatio conductio operis*, lorsque le travail doit produire un résultat déterminé, par exemple la construction d'une maison.

Le prix, *merces*, doit consister en une somme d'argent. Il y a exception pour le métayage (*colonia partiaria*), où le prix consiste en une quote-part des fruits.

La partie qui fournit l'usage de la chose ou le travail s'appelle *locator* dans la *locatio rei* et la *locatio operarum*, *conductor* dans la *locatio operis*. Celle qui paie le prix s'appelle *conductor* dans les deux premières variétés, *locator* dans la dernière.

Dans tout louage les obligations du *locator* sont sanctionnées par l'*actio conducti*, celles du *conductor* par l'*actio locati.*

§ 240. — **Règles spéciales aux différents louages.**

1° *Locatio rei.*

a) *Objet.* Les Romains ne font pas la distinction moderne entre bail à ferme et bail à loyer, suivant que la chose est ou n'est pas productive de fruits.

b) *Obligations du bailleur, locator.* Il doit fournir et garantir au preneur la jouissance de la chose. A cet effet, il doit entretenir la chose en bon état, en faisant les réparations nécessaires ; il est responsable des vices essentiels et cachés de la chose, de même que de toute éviction ou de tout trouble apporté à la jouissance du preneur. Il y a trouble par exemple lorsque le bailleur expulse le preneur

Digitized by Google

en vertu de sa possession sur la chose, ou lorsqu'il vend la chose à un tiers qui, comme il en a le droit, expulse le preneur : la vente rompt le bail, ce qui ne signifie pas que le bailleur ne soit pas tenu *ex locato*.

c) *Obligations du preneur*, *conductor*. Il doit payer le loyer, mais cela seulement en raison de la jouissance reçue (§ 235). Si donc la chose vient à périr par cas fortuit, le preneur ne doit plus de loyer. De même le fermier a droit à une remise du fermage si un cas de force majeure a détruit le récolte en grande partie, sauf à rembourser les remises avec l'excédent des bonnes années. A la fin du bail, le preneur doit restituer la chose en indemnisant le bailleur pour les détériorations coupables.

2° *Locatio operarum*. Elle était rare à Rome par suite de l'esclavage et parce qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'aux *operae sordidae*, *illiberales*, *locari solitae*.

Le *locator* doit ses services en personne. Il a droit au salaire, même lorsque le *conductor* a été empêché d'accepter ses services par un cas fortuit, à moins qu'il n'ait trouvé du travail ailleurs.

3° *Locatio operis*. A distinguer de la vente d'une chose future. La confection d'un ouvrage sur commande constitue une vente ou un louage d'ouvrage, suivant que le débiteur de l'ouvrage fournit ou ne fournit pas les matériaux principaux. A remarquer pour les entreprises de construction, que le sol est considéré comme le principal et les matériaux de construction comme l'accessoire.

a) *Obligations de l'entrepreneur*, *conductor*. Il doit exécuter l'ouvrage, mais n'est pas tenu de le faire personnellement. Il répond de la faute de ses remplaçants et subordonnés (§ 193).

b) *Obligations du maître*, *locator*.

Il doit le prix dès qu'il a reçu et approuvé l'ouvrage, la réception se faisant tantôt après l'achèvement complet

Digitized by Google

du travail, tantôt par pièces. Jusqu'au moment de l'approbation, l'ouvrage est aux risques de l'entrepreneur ; après, il ne répond plus que des vices cachés et de son dol.

La *lex Rhodia de iactu* contient des règles spéciales à un cas particulier de *locatio operis*, au contrat de transport sur mer. Elle établit une solidarité légale entre tous les intéressés, pour le cas de jet à la mer fait pour sauver le vaisseau d'un péril de mer. La perte doit être supportée proportionnellement par les propriétaires des choses sauvées. En conséquence, le maître du navire qui, poursuivi par l'*actio locati*, doit indemniser les propriétaires des marchandises jetées, a contre les propriétaires des choses sauvées l'*actio conducti* pour obtenir d'eux leur part contributoire de cette indemnité.

Section IV

Le mandat.

§ 241. — Définition. Particularités.

Le mandat est le contrat par lequel le mandataire s'oblige à gérer gratuitement une affaire dont le charge le mandant.

C'est un contrat *iuris gentium*, consensuel et de bonne foi.

Eléments essentiels : consentement, objet, gratuité.

Objet. Ce doit être une affaire *licite* qui intéresse le mandant (*mandatum mea gratia*) ou tout au moins un tiers (*mandatum aliena gratia*). Un mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire (*mandatum tua gratia*) constitue un simple conseil ; il n'est pas obligatoire pour le mandataire et ne fait naître aucun recours contre le mandant, à moins que celui-ci n'ait assumé la responsabilité de l'opération

Digitized by Google

conseillée ou n'ait agi avec dol ; le recours s'exercera alors par l'*actio mandati contraria* dans le premier cas, par l'*actio doli* dans le second.

Gratuité. Elle distingue le mandat de la *locatio operis* ou *operarum.* Est cependant devenue plus fictive que réelle par l'admission non d'un salaire, mais d'honoraires, d'abord facultatifs et non exigibles, plus tard exigibles par voie d'*extraordinaria cognitio.* Le louage ne se distinguait plus dès lors du mandat qu'en ce qu'il ne pouvait porter que sur des *operae illiberales.*

Effets du mandat. Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait, il donne naissance à l'*actio mandati directa,* qui est infamante, contre le mandataire, éventuellement à l'*actio mandati contraria* contre le mandant.

A) Obligations du mandataire.

1° Le mandataire doit exécuter fidèlement le mandat, en quoi il répond de toute faute, même légère, bien que non intéressé en principe au contrat. On considère comme dol de sa part le fait de poursuivre ses propres intérêts aux dépens de ceux du mandant.

2° Il doit rendre compte au mandant et lui remettre tout ce qu'il a acquis dans l'exécution du mandat.

b) Obligations éventuelles du mandant.

1° Rembourser les frais et dépenses faits sans faute par le mandataire dans l'exécution du mandat.

2° Indemniser le mandataire des pertes qui ont été la suite nécessaire de l'exécution du mandat. Si elles n'en ont été que la suite occasionnelle, le mandant n'en répond pas.

3° Payer les honoraires convenus ou usuels (*cognitio extra ordinem*).

Fin du mandat.

Le mandat finit normalement par son exécution, mais, étant un rapport de confiance personnelle, il finit en outre :

1° par la mort de l'une des parties ;

Digitized by Google

2° par la résiliation même arbitraire de l'une des parties. Mais la résiliation intempestive du mandataire l'oblige à indemniser le mandant.

Les obligations déjà issues d'un mandat dissous par décès ou résiliation subsistent intactes.

SECTION V

La société.

§ 242. — **Notion. Variétés.**

La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre des ressources en commun en vue d'atteindre un but commun.

C'est un contrat *iuris gentium*, consensuel, synallagmatique et de bonne foi.

Eléments :

1° *Consentement*, c'est-à-dire intention de former une société.

2° *But commun*. Doit être licite.

3° *Apports réciproques*. Sans apport pas de société, mais donation. L'apport peut être d'un bien quelconque : activité d'un associé, propriété ou jouissance d'une chose. Les risques et la garantie de l'apport sont soumis aux règles de la vente s'il est en propriété, à celles du louage s'il est en jouissance.

Variétés.

1° Les sociétés universelles portent sur une universalité de biens, soit tous les biens présents et à venir, *societas omnium bonorum*, conclue surtout entre cohéritiers, soit seulement les acquisitions à venir faites à titre onéreux, société d'acquêts.

Digitized by Google

2° Les sociétés particulières ont en vue une opération ou une série d'opérations communes, par exemple l'exploitation d'un commerce, et ne portent pas sur une universalité de biens.

§ 243. — Effets de la société.

La société a pour effet de faire naître entre les associés des obligations sanctionnées par l'*actio pro socio*. Mais, à l'exception des *societates publicanorum*, elle ne constitue pas une personne morale distincte des associés et sujette de droits propres. La fortune sociale est propriété des associés, et les obligations contractées pour la société par un associé, n'affectent que sa personne, au moins en ce qui concerne les rapports avec les tiers, car naturellement il y a règlement de compte entre coassociés.

Obligations des associés.

1° Réaliser leur apport.

2° Apporter dans la gestion des affaires sociales la *diligentia quam suis.*

3° Partager les gains et les pertes résultant de l'ensemble des opérations sociales.

Les parts peuvent être fixées par convention, soit égales, soit inégales, soit différentes pour les gains et pour les pertes. Un associé peut être exclu de la participation aux pertes, mais non de celle aux gains (société léonine nulle).

A défaut de convention, les parts sont égales quel que soit l'apport.

4° Indemniser leur coassocié de tout dommage subi, même occasionnellement, dans la gestion des affaires sociales.

L'associé condamné dans l'action *pro socio* a le bénéfice de compétence, mais encourt l'infamie.

Le partage effectif des biens corporels s'obtient par

Digitized by Google

l'*actio communi dividundo*, après que les parts indivises ont été fixées par l'*actio pro socio*.

La société s'éteint :

1° par l'accomplissement de son but ou par l'impossibilité survenue de ce but ;

2° par la mort, la *capitis deminutio* ou la faillite d'un associé ;

3° par la volonté de tous les associés ;

4° par la résiliation d'un associé. Seulement, une résiliation sans justes motifs ou frauduleuse ne délie pas son auteur envers ses coassociés, bien que ceux-ci soient déliés envers lui (*socium a se non se a socio liberat*).

Digitized by Google

CHAPITRE V

Les pacta vestita.

§ 244. — Pacta adiecta.

Les pactes adjoints à un contrat sont obligatoires et munis de l'action de ce contrat :

1° s'il s'agit d'un contrat de bonne foi, et

2° s'ils y ont été ajoutés au moment même de sa conclusion, *in continenti*.

Un pacte adjoint à un contrat de droit strict ou ajouté après coup à un contrat de bonne foi, ne peut engendrer aucune créance, aucune action, mais a pour effet de diminuer l'obligation du débiteur en lui accordant une *exceptio pacti*. Cette exception est même sous-entendue dans les actions de bonne foi.

§ 245. — Pactes prétoriens.

1° *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. C'est le pacte par lequel les maîtres de navires, auberges, étables, prennent sur eux les effets des voyageurs (§ 193).

2° *Receptum argentarii* (v. définition § 205). Fusionné par Justinien avec le constitut.

3° *Constitut* (v. définition § 205).

Le constitut fait naître l'action *de pecunia constituta* accompagnée d'une *sponsio* de la moitié.

Digitized by Google

Le constitut suppose une dette préexistante à laquelle il se rapporte. Comme *constitutum debiti alieni* il diffère en cela du *receptum argentarii*, lequel établit à la charge du banquier une dette abstraite, valable même si la somme promise par lui n'était pas due par le tiers.

§ 246. — **Pactes légitimes.**

1° Constitution de dot par simple pacte ; fut rendue obligatoire par Théodose II en 428.

2° Donation par simple pacte, rendue obligatoire par Justinien.

Ces deux conventions exigeaient autrefois la forme de la stipulation.

Restrictions à la liberté des donations :

a) sous la République la loi *Cincia* rendit inexigible toute donation dépassant un certain maximum, en accordant au donateur poursuivi une exception ;

b) en droit de Justinien, toute donation supérieure à 500 *solidi* doit, sous peine de nullité pour l'excédent, être consignée dans les registres du magistrat (insinuation).

c) Les donations entre époux étaient prohibées et nulles jusqu'à ce qu'un sénatus-consulte de l'époque de Caracalla leur eut donné le caractère d'une donation à cause de mort révocable jusqu'au jour du précédès du donateur.

Digitized by Google

TITRE II

Obligations quasi-contractuelles.

CHAPITRE PREMIER

Gestion d'affaires.

§ 247. — Notion. Effets.

La gestion d'affaires consiste à gérer les affaires d'autrui sans en avoir reçu mandat. Elle engendre des obligations analogues à celles du mandat et sanctionnées par l'*actio negotiorum gestorum* — *directa* contre le gérant, — *contraria* contre le géré.

Obligations du gérant.

Il répond de la *diligentia* d'un bon père de famille et doit rendre compte de sa gestion. Sa responsabilité est aggravée s'il a agi contre la défense du géré, elle est atténuée s'il a agi en cas d'urgence.

Obligations du géré.

Il doit rembourser au gérant ses dépenses, mais à la condition :

1° que le gérant ait eu l'intention de gérer l'affaire d'autrui pour le compte d'autrui ;

2° que les dépenses aient été utiles, l'utilité s'appréciant

Digitized by Google

au moment de l'acte, d'après les intentions vraisemblables du géré. Si donc le gérant agit contre la défense du géré, ses dépenses ne lui sont pas remboursées. Si au contraire le géré a ratifié la gestion, le gérant acquiert les droits d'un mandataire et l'utilité de ses dépenses ne peut plus être critiquée.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Condictiones sine causa.

§ 248. — Introduction.

La jurisprudence romaine a admis de bonne heure que celui qui s'est enrichi sans cause aux dépens d'autrui, est obligé *re* à restituer la valeur acquise. Ce principe d'équité, dont l'application se retrouve dans le contrat réel de *mutuum* où il y a une convention de restitution, a été aussi réalisé dans le cas où il n'y a pas de convention de restitution de la valeur acquise ; il l'a été au moyen des *condictiones sine causa*, qui comme la *condictio* issue du *mutuum*, sont des actions de droit strict abstraites.

Deux catégories : 1° les *condictiones ex iniusta causa*, qui supposent un enrichissement coupable ; 2° les *condictiones sine iusta causa*, qui supposent un enrichissement contraire à l'équité, mais non coupable.

§ 249. — Condictiones ex iniusta causa.

Elles ont pour objet non seulement la restitution de l'enrichissement du défendeur, mais aussi, puisqu'il y a faute, la réparation de tout le dommage causé. Le débiteur n'est même pas libéré par la perte fortuite de la chose, car, à raison de sa faute, il est dès le commencement en demeure de restituer (§ 190).

Digitized by Google

Trois espèces :

1° la *condictio furtiva*, accordée au propriétaire de la chose volée, contre le voleur ;

2° la *condictio ob turpem causam*, accordée à celui qui a fait une prestation pour une cause future honteuse pour l'*accipiens*, mais non pour le *tradens*.

3° La *condictio ex iniusta causa* au sens étroit, suppose un enrichissement illicite, contraire au droit, à raison duquel la *condictio furtiva* et la *condictio ob turpem causam* ne sont pas recevables ; par exemple la perception d'intérêts usuraires.

§ 250. — Condictiones sine iusta causa.

Elles n'ont en général pour objet que la restitution de l'enrichissement du défendeur.

Trois espèces :

1° La *condictio indebiti*, en répétition de l'indû payé par erreur.

Trois conditions :

a) paiement ;

b) d'un indû, c'est-à-dire d'une dette qui n'existe pas, même pas comme naturelle, soit qu'elle n'ait jamais existé ou n'existe plus ou pas encore (dette conditionnelle); à remarquer cependant que les paiements faits en vue d'une dette qui ne peut être contestée qu'au risque du double, ne peuvent en aucun cas être répétés comme indûs ;

c) par erreur, c'est-à-dire dans l'idée erronée d'être débiteur. Mais l'erreur doit être excusable, ne doit donc pas être une erreur de droit. Il faut aussi que l'*accipiens* se soit cru par erreur créancier, sinon il est passible de la *condictio furtiva*.

En principe, le demandeur doit prouver l'existence des trois conditions de la *condictio*. La preuve du paiement le

Digitized by Google

dispensera cependant de celle de l'indû dans deux cas : *a*) s'il est une personne réputée inexpérimentée : femme, mineur, soldat, paysan ; *b*) si le défendeur a faussement nié le paiement. Quant à l'erreur, la preuve en sera presque toujours contenue dans celle de l'indû.

2° La *condictio causa data causa non secuta* est accordée pour répéter une prestation faite en vue d'une cause licite à venir qui ne se réalise pas, par exemple pour répéter une prestation faite en vue d'une contre-prestation que l'autre partie n'exécute pas (§ 234).

3° La *condictio sine causa* au sens étroit, intervient dans un certain nombre de cas d'enrichissement sans cause où les autres *condictiones* sont irrecevables, ainsi pour répéter le titre d'une créance remboursée. Mais il reste des cas d'enrichissement injuste où aucune *condictio* n'est accordée à la personne appauvrie.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE III

Obligations délictuelles.

SECTION I

Introduction.

§ 251. — **Le délit privé.**

Par opposition à *crimen*, délit public puni d'une peine publique, le *delictum privatum* est l'acte illicite puni d'une peine privée, d'une *poena*, dont le lésé devient créancier et qu'il recouvre par la procédure civile ordinaire.

Eléments du délit :

a) un préjudice,

b) contraire au droit,

c) résultant d'un acte positif, et

d) coupable.

L'action du lésé est pénale, réipersécutoire ou mixte, suivant qu'elle poursuit la punition du coupable, la réparation du dommage, ou les deux buts à la fois.

Les obligations délictuelles diffèrent des contractuelles surtout par les restrictions à leur transmission héréditaire (§ 220).

Le système romain des délits privés engendrant des obligations privées, est une phase du développement histo-

Digitized by Google

rique du droit pénal, qui, parti de la vengeance privée, passe par le système des compositions, d'abord facultatives puis légales, avant d'arriver à la répression par l'Etat. La *poena* due par le délinquant est une composition légale.

Section II

Principaux délits privés.

§ 252. — **Le furtum.**

Le *furtum* est le détournement frauduleux d'un meuble dans l'intention de faire un gain illicite : *contrectactio rei fraudulosa lucri faciendi gratia.*

Deux éléments :

1° la *contrectatio fraudulosa* d'un meuble. C'est le fait de manier une chose sans droit ; la *contrectatio* comprend non seulement la soustraction, mais aussi le détournement d'une chose ;

2° l'intention de faire un gain illicite, l'*animus furandi.*

Le *furtum* peut se présenter sous trois formes :

1° le *furtum rei* consiste à s'approprier la chose elle-même ;

2° le *furtum usus* consiste dans l'usage illicite de la chose (§ 233).

3° le *furtum possessionis* consiste, de la part du propriétaire, à enlever sans droit la chose à son propriétaire.

Actions résultant du *furtum :*

1° *condictio furtiva.* C'est l'action réipersécutoire ;

2° l'action pénale *furti* au double ou au quadruple suivant qu'il y a ou non flagrant délit (*furtum manifestum*). Elle est accordée contre le voleur et ses complices et contre

Digitized by Google

les recéleurs. Elle appartient à celui qui avait intérêt à ce que le vol ne fût pas commis, et non pas seulement au propriétaire. Le défendeur condamné encourt l'infamie.

3° Avant Justinien, il y avait encore l'*actio furti concepti* au triple contre celui chez qui la chose volée était trouvée en présence de témoins, l'*actio furti oblati*, action en recours au triple contre celui qui a caché la chose chez autrui, l'*actio furti prohibiti* au quadruple contre celui qui s'oppose à une perquisition domiciliaire.

§ 253. — La rapine.

C'est le vol avec violence contre la personne. Ne se distinguait pas anciennement du *furtum*. L'action infamante *vi bonorum raptorum* est une action mixte au quadruple ; après une année utile elle devient réipersécutoire et va au simple.

§ 254. — Damnum iniuria datum. Lex Aquilia.

La *lex Aquilia*, avant laquelle on ne trouve sur cette matière que quelques dispositions éparses, établit des règles générales sur le dommage causé à la propriété d'autrui. Elle contient sur ce point les deux dispositions suivantes :

1° Le meurtrier d'un esclave ou d'un quadrupède de la race des *pecudes*, doit en payer au propriétaire la plus haute valeur atteinte dans l'année avant le délit.

2° L'auteur d'un autre dommage quelconque causé à la chose d'autrui, en doit au propriétaire la plus haute valeur atteinte dans les 30 jours avant le délit.

Dans les deux cas, l'auteur du dommage était directement condamné par la loi à la réparation indiquée ; il ne

Digitized by Google

pouvait en conséquence contester son obligation qu'au risque du double.

Le dommage réprimé par la loi *Aquilia* doit réunir les conditions suivantes :

1° il doit avoir été causé à tort, *iniuria ;*

2° il suppose une faute de l'agent. Ce doit être une *culpa in faciendo* (§ 187), mais il suffit qu'elle soit *levissima ;*

3° il doit être *corpori* et *corpore datum*, c'est-à-dire *corpori*, avoir atteint la chose elle-même dans son intégrité corporelle, et *corpore*, résulter d'un acte impliquant contact corporel de l'agent avec la chose. Mais le préteur élargit ces cadres primitifs en accordant des actions *utiles* ou *in factum*, même si le dommage n'avait été causé ni *corpore* ni même *corpori*, pourvu cependant qu'il fût relatif à une chose. Sur ce dernier point on finit par admettre une exception, en accordant une action en réparation du dommage pécuniaire résultant des blessures faites à un homme libre, bien que ce ne soit pas une chose.

L'action *legis Aquiliae* est mixte, car, à côté de l'élément réipersécutoire, les règles sur la mesure de la réparation et la peine du double encourue en cas de contestation non fondée, constituent un élément pénal.

§ 255. — **Dolus malus.**

L'*actio doli*, créée à la fin de la République (§ 48), sert à réparer tout dommage causé par des manœuvres frauduleuses, qui ne constitue pas déjà un autre délit.

L'*actio doli* est infamante et à cause de cela subsidiaire.

Elle se prescrit en une année utile et est remplacée après ce délai par une action *in factum* en restitution de l'enrichissement.

Digitized by Google

§ 256. — **Iniuria.**

L'injure est un délit contre la personne ; elle comprend toutes les atteintes à la personnalité d'un homme libre faites avec intention de le froisser.

Les XII Tables punissaient l'arrachement d'un membre de la peine du talion, la fracture d'un os de 300 as d'amende, les autres injures violentes de 25 as d'amende.

Le préteur remplaça ce système par celui de l'*actio iniuriarum aestimatoria*, accordée pour toute atteinte injurieuse à la personnalité et aboutissant à une amende fixée par le juge.

Cette action est infamante, intransmissible aux héritiers, aussi bien activement que passivement, et prescriptible en une année utile.

§ 257. — **Fraus creditorum. Action paulienne.**

Ce délit consiste de la part d'un débiteur obéré à faire des actes d'aliénation par lesquels il augmente sciemment son insolvabilité, en diminuant son patrimoine au détriment de ses créanciers.

Le préteur intervint pour réprimer ces actes frauduleux en donnant aux créanciers fraudés différents moyens de recours, dont le principal est l'action Paulienne en révocation des actes frauduleux.

Cette action suppose :

1° un acte de diminution du patrimoine ;

2° fait sciemment par le débiteur au détriment de ses créanciers, *consilium fraudandi ;*

3° ayant réellement causé un préjudice aux créanciers, en amenant l'insolvabilité du débiteur, *eventus damni.*

En outre, l'action étant surtout dirigée contre le cocontractant du débiteur, elle suppose chez ce dernier la com-

Digitized by Google

plicité de la fraude ; il doit avoir été *fraudis conscius ;* s'il s'agit cependant d'un acte à titre lucratif, le tiers acquéreur est passible de l'action, même s'il n'a pas été *fraudis conscius ;* mais il ne répond dans ce cas, que jusqu'à concurrence de son enrichissement actuel.

L'action Paulienne se prescrit en une année utile. Passé ce délai elle n'a lieu que pour l'enrichissement actuel du défendeur. C'est avec cette dernière restriction qu'elle est recevable contre les héritiers de la personne qui en était tenue.

§ 258. — **Délits des esclaves et des fils de famille. Dommages causés par les animaux.**

1° Le père de famille répond *noxaliter* des délits de ses soumis, c'est-à-dire qu'il doit ou bien abandonner le délinquant au lésé, *noxae deditio*, ou bien payer la composition du délit.

2° Le propriétaire d'un animal encourt la même responsabilité noxale pour le dommage causé par cet animal ; il doit abandonner l'animal ou réparer le dommage.

Digitized by Google

TITRE IV

Obligations quasi-délictuelles.

§ 259. — **Principaux cas.**

1° Le juge qui par sa faute fait perdre le procès au demandeur rend le procès sien, *litem suam facit*, c'est-à-dire est passible de l'action qu'il a fait échouer (§ 73).

2° L'action de *effusis et deiectis* impose une amende à celui qui habite un appartement duquel quelque chose a été jeté sur la voie publique et a causé un dommage. L'habitant est tenu qu'il soit ou non l'auteur du dommage.

3° L'action de *positis et suspensis* impose une amende à celui qui habite un appartement où des choses sont dans une position telle qu'elles pourraient tomber sur la voie publique (§ 82). De même que tout à l'heure, l'habitant est tenu, quelle que soit la personne qui a placé les objets dans la situation en question.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE VIII

—

Droit de famille.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

La famille.

§ 260. — Agnation et cognation.

La famille du *ius civile* romain est basée sur la puissance paternelle ; elle comprend l'ensemble des parents agnatiques, c'est-à-dire l'ensemble des personnes soumises à la même puissance paternelle ou qui lui seraient soumises si la mort n'avait enlevé le *pater familias* commun.

Il résulte de cette notion de la parenté agnatique, qu'elle ne peut pas être établie par les femmes, car les femmes ne peuvent pas avoir la puissance paternelle. Il en résulte en outre que la parenté naturelle n'est ni suffisante ni nécessaire pour établir l'agnation.

La parenté naturelle n'est pas suffisante, parce qu'elle peut exister en dehors de tout lien commun de puissance paternelle, soit qu'un tel lien ait été rompu par la *capitis deminutio* (§ 101), soit qu'il n'ait jamais existé, ce qui arrive si la parenté naturelle est établie par une femme, par exemple entre grand-père maternel et petits-enfants.

La parenté naturelle n'est pas nécessaire, parce que la puissance paternelle peut exister en dehors d'elle, ainsi en cas d'adoption ou de mariage avec *manus*.

A l'agnation, parenté civile, on oppose la cognation, parenté naturelle.

Digitized by Google

C'est la parenté résultant de la communauté du sang. Elle s'établit par les femmes aussi bien que par les hommes, et ne peut être ni créée ni abolie artificiellement.

La cognation n'avait pas d'importance juridique dans l'ancien droit. Mais le droit prétorien lui accorda une place considérable en matière de succession héréditaire ab intestat ; son importance alla dès lors toujours en augmentant et elle finit en droit de Justinien par supplanter complètement l'agnation en matière de succession et de tutelle.

Le droit de succession sera étudié dans un livre spécial. Ce que nous devons examiner maintenant, c'est le régime des biens dans la famille, d'abord le régime établi entre époux par le mariage, puis celui des personnes sous puissance, enfin celui des personnes sous tutelle.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Régime matrimonial.

§ 261. — Introduction : mariage avec *manus*.

Primitivement, la femme mariée tombait sous la puissance, sous la *manus* de son mari. Elle subissait ainsi une *capitis deminutio*, car tout lien de parenté civile était rompu avec son ancienne famille. Sa famille est désormais celle de son mari, dans laquelle elle a juridiquement la place d'une fille ; elle y est *filiae loco* et se trouve ainsi vis-à-vis de ses propres enfants *sororis loco*.

Soumise à la puissance de son mari la femme ne pouvait, comme toute personne *alieni iuris*, rien avoir en propre. Si elle avait été *sui iuris* en se mariant, tout son ancien patrimoine passait à son mari ; si elle était déjà alors *alieni iuris*, la dot qu'elle recevait de son ancienne famille à titre d'avancement d'hoirie devenait la propriété du mari.

A la mort de la femme, ses apports restaient au mari.

A la mort du mari, la femme lui succédait en sa qualité de fille. La veuve et ses enfants avaient un droit réciproque de succession en leur qualité de frères et sœurs.

La puissance maritale, la *manus*, s'établissait de trois façons :

1° par la *confarreatio*. C'est un mariage religieux s'opérant par l'offrande solennelle d'une galette de froment, *farreus panis* (froment — *far*), à Jupiter, en présence de

Digitized by Google

10 témoins, du grand pontife et du flamine de Jupiter. Ce mariage était réservé aux patriciens ;

2° par la *coemptio*. C'est un mariage civil accessible aux plébéiens et s'opérant par une mancipation de la femme ;

3° par l'*usus*. C'est l'acquisition de la *manus* par une usucapion d'une année. Cette acquisition est empêchée si la femme s'est absentée du domicile conjugal pendant trois nuits avant l'écoulement de l'année.

Le mariage avec *manus* tomba en désuétude à la fin de la République. Il fut remplacé par un mariage libre sans *manus*, conclu par l'accord des époux établissant la vie commune. Ce mariage ne fondant pas de puissance maritale, la femme ne subit aucune *capitis deminutio*. Elle reste *sui iuris*, si elle l'était en se mariant. Si elle était *alieni iuris*, elle reste soumise à la puissance paternelle de son chef de famille. Elle ne change donc pas de famille, ses biens ne passent pas à son mari et elle n'acquiert aucun droit de succession vis-à-vis de son mari et de ses enfants.

La fortune de la femme restant ainsi séparée de celle du mari, celui-ci recevait une dot à titre de contribution de la femme aux charges du ménage.

§ 262. — La dot dans le mariage sans manus.

1° *Constitution de la dot.*

a) Modes.

La dot se constitue soit par un transfert immédiat des biens dotaux au mari, *dotis datio*, soit par une promesse de transfert. Cette promesse est ou bien une stipulation ordinaire, *promissio*, ou bien une déclaration unilatérale du constituant, *dotis dictio*. La *dotis dictio* ne peut émaner que de la femme, de son ascendant paternel ou de son débiteur, si elle le délègue au mari *dotis causa*.

Digitized by Google

La *dotis dictio* n'existe plus en droit de Justinien où la dot peut être valablement constituée par simple pacte.

b) *Personne du constituant.*

La dot est dite *profecticia* lorsqu'elle est constituée par l'ascendant paternel, *a parente profecta.* Elle est dite *adventicia* lorsqu'elle vient d'une autre personne, soit de la femme elle-même, soit d'un tiers.

2° *Droits du mari sur la dot.*

Le mari est propriétaire des choses dotales. Sous la République, elles lui sont acquises définitivement, il en dispose librement et les garde à la dissolution du mariage, à moins qu'il n'en ait promis la restitution par une stipulation spéciale, cas auquel la dot s'appelle *recepticia.*

Mais Auguste ayant fait du second mariage un devoir pour les veuves et les femmes divorcées, il fallut leur assurer la restitution de leur dot. Dès lors la femme, si elle survit à la dissolution du mariage, peut réclamer la restitution de la dot, même en dehors d'une stipulation spéciale. S'il s'agit d'une *dos profecticia*, la restitution est accordée au père de famille de la femme, s'il vit encore. Mais il doit dans son action s'adjoindre sa fille, à laquelle la dot est réservée en vue d'un second mariage.

Cette réforme d'Auguste eut comme corollaire la restriction des pouvoirs du mari sur la dot. Le mari en est toujours propriétaire comme par le passé, mais si elle comprend un immeuble situé en Italie, il ne peut plus l'aliéner valablement sans le consentement de la femme. Cette défense fut étendue aux hypothèques, qui ne purent être établies sur le fonds dotal, pas même avec le consentement de la femme. Justinien étendit ces règles aux fonds provinciaux et renforça la première en interdisant l'aliénation du fonds dotal même avec le consentement de la femme. Ainsi s'est établi et développé le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal.

Digitized by Google

3° *Restitution de la dot.*

Pour la *dos recepticia* cette restitution se fait aux termes de la stipulation et en vertu de l'action *ex stipulatu.* Pour la dot non *recepticia*, elle est amenée par l'*actio rei uxoriae*, accordée à la femme ou à son père. Cette action donne au juge une grande liberté d'appréciation et permet au mari d'opérer des déductions, *retentiones*, pour différents chefs : *propter mores*, *propter liberos*, *propter res donatas*, *propter res amotas*, *propter impensas*. Le mari répond de la *culpa levis in concreto* et il a le bénéfice de compétence. Il peut en outre rendre les fongibles en trois annuités, s'il ne s'est pas rendu indigne de ce délai par sa faute, cause du divorce.

Justinien a généralisé l'obligation de restituer la dot. La dot doit désormais être toujours rendue. Mais l'action *rei uxoriae* est abolie et remplacée par une soi-disant *actio ex stipulatu*, accordée comme s'il y avait eu stipulation de restitution, comme si la dot avait été *recepticia*. Cette action ressemble à l'action *rei uxoriae* en ce qu'elle est de bonne foi, et en ce que le mari y a le bénéfice de compétence ; elle en diffère en ce que la plupart des *retentiones* sont abolies, sauf celle du chef des dépenses nécessaires, en ce qu'elle accorde au mari un délai d'un an pour la restitution des meubles dotaux, et en ce qu'elle se transmet aux héritiers. C'est par ce dernier point que l'obligation de restituer a été généralisée, les héritiers de la femme prédécédée pouvant désormais réclamer la dot. L'ancien principe suivant lequel, sauf stipulation contraire, le mari garde toujours la dot, est ainsi remplacé par le principe opposé que le mari rend toujours la dot. Cette restitution est garantie en droit de Justinien par une hypothèque générale et privilégiée accordée à la femme sur la fortune de son mari.

Digitized by Google

§ 263. — Donatio propter nuptias.

Les donations entre époux étaient nulles dans l'ancien droit. Caracalla leur donna le caractère de donations à cause de mort en décidant qu'elles seraient révocables.

Mais il était d'usage que le fiancé fît à sa fiancée des présents avant le mariage. Ces présents étaient soumis au droit commun des donations, ce n'en est pas moins d'eux que la *donatio ante nuptias* tire son origine. Cette institution se développa dans le droit chrétien de l'Empire d'Orient. Elle consiste dans une promesse du mari réalisée au cas où la dissolution a lieu sans la faute de la femme, soit par la mort du mari, soit par un divorce imputable à celui-ci. Le mari est dispensé d'exécuter la donation, si la dissolution du mariage a lieu par la mort de la femme ou par un divorce imputable à celle-ci. Cette donation remplissait ainsi un double but, celui d'assurer un douaire à la femme et celui d'être un gage pour le maintien du mariage, car l'époux coupable aura à subir la perte de la donation.

Telle est la *donatio ante nuptias*. Justinien permit de la faire pendant le mariage et l'appela *donatio propter nuptias*.

La *donatio propter nuptias* a été mise par Justinien dans une certaine correspondance avec la dot : elle doit avoir le même montant que la dot ; en outre, les immeubles qui la composent sont inaliénables pendant le mariage et la femme a une hypothèque non privilégiée sur les biens du mari, pour lui assurer l'exécution de la donation après le mariage.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Fortune des personnes sous puissance.

§ 264. — Peculium castrense et quasi castrense.

L'incapacité des personnes *alieni iuris* d'avoir rien en propre (§ 100) fut atténuée sous l'Empire par les règles sur le *peculium castrense;* le *peculium quasi castrense* et les *bona adventicia* (§ 100).

La première réforme fut faite au début de l'Empire en faveur des fils de famille soldats. On leur accorda la libre disposition soit par testament, soit par actes entre vifs, de leurs acquisitions militaires, de leur *peculium castrense*. Le père n'a plus aucun pouvoir sur ce pécule. Il en reste cependant théoriquement propriétaire. Mais sa propriété ne se manifeste que lorsque le fils vient à mourir sans testament. Alors le père garde les acquisitions militaires du fils *iure peculii*, c'est-à-dire en leur qualité de pécule dont il est propriétaire, et non pas *iure hereditario*.

La réforme en faveur des fils de famille soldats fut étendue depuis Constantin aux fils de famille fonctionnaires ou avocats, pour les acquisitions faites par eux dans l'exercice de leurs fonctions. C'est le *peculium quasi castrense*.

Justinien abolit le dernier vestige de la propriété du *pater familias* sur le pécule castrens ou quasi castrens de ses fils, en introduisant la transmission héréditaire de ce pécule aux héritiers ab intestat du fils.

Digitized by Google

§ 265. — **Bona adventicia.**

L'incapacité du fils d'acquérir pour lui-même fut encore abolie par Constantin pour les biens hérités de la mère, *bona materna*. Défense fut faite au père d'aliéner ces biens, qui sont désormais considérés comme propriété de l'enfant et qui passent à ses héritiers. C'est cependant le père qui en conserve l'administration et la jouissance ; l'enfant ne peut en disposer ni par actes entre vifs, ni par testament.

Cette réforme fut successivement étendue à tous les biens provenant de la famille de la mère, *bona materni generis*, puis aux *lucra nuptialia* de l'enfant. Enfin Justinien la généralisa en décidant que toute acquisition du fils ne provenant pas *ex re patris* et ne constituant pas un *peculium castrense* ou *quasi castrense*, serait la propriété de l'enfant, mais soustraite à sa disposition et soumise à l'administration et à l'usufruit du père. Tous les biens acquis de la sorte à l'enfant sont appelés *bona adventicia*, par opposition au pécule castrens ou quasi castrens et au *peculium profecticium*, qui comprend les acquisitions provenant du père et pour lequel seul les anciennes règles ont subsisté.

Remarque. L'administration et la jouissance de certains biens adventices peuvent appartenir à l'enfant si le père en a été exclu par la personne d'où proviennent ces biens. Ce sont les *bona adventicia irregularia*.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Fortune des personnes sous tutelle ou curatelle.

§ 266. — Gestion des tuteurs et des curateurs.

La tutelle et la curatelle remplacent la puissance paternelle pour les personnes *sui iuris* totalement ou partiellement incapables d'agir (§ 104).

La tutelle a pour but de parer à des incapacités normales, résultant de causes générales et régulières : l'âge et le sexe. Elle n'existe que pour les impubères et les femmes.

La curatelle au contraire ne remédiait à l'origine qu'à des incapacités accidentelles, résultant de causes personnelles et exceptionnelles, telles la folie et la prodigalité. Mais on l'a admise ultérieurement aussi pour une cause normale d'incapacité : la minorité.

Abstraction faite de cette curatelle des mineurs, la curatelle diffère de la tutelle en ce que le curateur administre toujours lui-même la fortune de l'incapable, procède toujours lui-même et à la place de l'incapable, aux actes juridiques interdits à ce dernier, tandis que le tuteur peut aussi faire agir l'incapable lui-même en lui donnant son concours, son *auctoritas*, sauf s'il s'agit d'un *infans*. De même le curateur d'un mineur peut faire agir le mineur lui-même en lui donnant son *consensus*. Mais le tuteur d'un impubère et le curateur d'un mineur, peuvent, aussi

Digitized by Google

bien que le curateur d'un fou ou d'un prodigue, gérer eux-mêmes les affaires de l'incapable.

C'est uniquement cette *gestio tutoris* ou *curatoris* que nous étudions ici.

1° *Effets de la gestion.*

L'exclusion de la représentation dans les actes juridiques empêchait à l'origine les actes du tuteur ou curateur de déployer des effets directs envers l'incapable. Celui-ci n'était atteint qu'indirectement par le règlement de compte avec le tuteur ou curateur. La représentation directe fut cependant admise dès le IIIe siècle de notre ère en matière de tutelle et de curatelle (§ 55).

2° *Pouvoirs du tuteur ou curateur.*

La tutelle et la curatelle étaient à l'origine des puissances établies dans le seul intérêt du tuteur ou curateur. Aussi leurs pouvoirs sur le patrimoine des incapables étaient-ils des plus étendus. Mais ils furent considérablement restreints sous l'Empire. Un S. C. de l'an 195, sous Septime Sévère, interdit l'aliénation des *praedia rustica* ou *suburbana* des incapables, sans une autorisation préalable du magistrat. Cette défense fut successivement étendue à presque toutes les aliénations qui ne sont pas des actes de pure administration.

3° *Responsabilité du tuteur ou curateur.*

Dans le système de la loi des XII Tables, conformément au caractère de l'ancienne tutelle, la responsabilité du tuteur est très limitée. Il ne répond que de ses détournements dans l'*actio rationibus distrahendis* qui tend à une amende du double. Mais à la fin de la République, l'*actio tutelae* en reddition de compte rendit le tuteur responsable de toute *culpa levis in concreto*. Quant au curateur, on accorda contre lui l'*actio negotiorum gestorum*.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE IX

—

Droit de succession.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

Généralités.

§ 267. — Universalité de la succession héréditaire.

Le droit de succession règle la transmission aux survivants des biens d'un défunt.

Cette transmission suppose toujours un successeur à titre universel, un héritier du défunt. Il peut bien y avoir une transmission de certains biens à titre particulier, à la suite d'un legs ou d'un fidéicommis, mais cette transmission à titre particulier ne peut avoir lieu que si le défunt a trouvé un héritier, un successeur à titre universel. Le trait essentiel du droit de succession romain est ainsi la nécessité d'un héritier et l'universalité de la succession héréditaire.

L'universalité de la succession signifie que l'héritier succède à l'ensemble des droits du défunt, ces droits étant pris comme un tout indivisible. C'est le patrimoine lui-même du défunt qui se transmet à l'héritier comme un tout. Les divers éléments de ce patrimoine ne sont pas séparés et transmis comme unités indépendantes à des personnes différentes, ainsi que cela arrive en droit germanique. S'il y a plusieurs héritiers, ils reçoivent chacun une quote-part de la totalité du patrimoine, et non pas tel bien déterminé.

Digitized by Google

L'universalité de la succession héréditaire fait succéder l'héritier aux dettes aussi bien qu'aux droits actifs du défunt. Il en répond comme de ses dettes personnelles, au-delà même de l'actif héréditaire, *ultra vires hereditatis*. Il en répond comme s'il était le défunt lui-même. Et ici se montre le caractère fondamental de la succession héréditaire romaine : l'héritier continue et représente la personne même du défunt.

En droit de Justinien, la responsabilité de l'héritier pour les dettes du défunt peut être limitée à l'actif héréditaire grâce au bénéfice d'inventaire.

§ 268. — **Délation et acquisition de la succession héréditaire.**

1° *Délation.* La succession est déférée à la personne appelée à succéder au défunt à titre d'héritier.

Le droit romain connaît deux causes de délation : le testament et la loi. Il n'admet pas le contrat successoral.

La loi n'appelle normalement un héritier qu'à défaut de testament, que pour régler une succession ab intestat. Mais sous l'Empire elle intervient aussi quelquefois malgré un testament, qu'elle casse comme injuste. Il y a en somme ou bien succession testamentaire, ou bien succession ab intestat, ou bien succession contre le testament.

La succession testamentaire et celle ab intestat s'excluent réciproquement : *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* L'héritier testamentaire prend donc le tout à l'exclusion des héritiers légitimes, même s'il n'est institué que pour une quote-part. Cette règle ne s'applique pas aux testaments militaires et a été bouleversée sous l'Empire par suite de l'admission des fidéicommis universels.

2° *Acquisition.* La délation de la succession n'entraîne l'acquisition de plein droit de l'hérédité que pour les hé-

Digitized by Google

ritiers appartenant à la maison du défunt : *heredes domestici*. Mais pour les héritiers étrangers à la maison, *heredes extranei*, la succession ne leur est acquise que par leur acceptation, que par leur entrée volontaire dans l'hérédité : *aditio hereditatis* ; ce sont des *heredes voluntarii*, tandis que les premiers sont *heredes necessarii*.

Remarque. L'hérédité déférée à un héritier volontaire est jacente jusqu'au moment de l'adition. Autrefois, l'hérédité jacente était considérée comme *res nullius ;* il en résultait qu'on ne pouvait pas commettre de vol sur des choses rentrant dans une telle hérédité, et que chacun pouvait s'en emparer et l'usucaper par la possession d'un an, *usucapio pro herede*. Mais sous l'Empire on abandonna l'idée d'une hérédité sans maître, car l'hérédité jacente comprend non seulement des objets corporels, mais aussi un ensemble de droits actifs et passifs que l'on ne peut pas concevoir sans sujet. Quel est ce sujet ? Pour les uns c'est l'hérédité elle-même constituée en personne juridique, pour les autres c'est le défunt représenté par sa succession, pour les troisièmes c'est l'héritier futur. Cette dernière opinion a pour elle l'effet rétroactif de l'adition d'hérédité. Elle n'est pas contraire aux textes qui considèrent l'hérédité jacente comme représentant le défunt, car l'héritier comme tel n'est autre que le continuateur de la personne du défunt.

§ 269. — **Usucapion pro herede.**

L'usucapion *pro herede* d'une hérédité jacente est une acquisition anormale de l'hérédité, une acquisition sans délation, une usucapion sans titre ni bonne foi. Cette usucapion s'accomplit par la possession de l'hérédité jacente, prolongée pendant un an, et cela même si l'hérédité comprend des immeubles. Cela tient à ce que cette usucapion

Digitized by Google

portait à l'origine sur l'hérédité elle-même comme telle. Le possesseur devenait héritier, il répondait des dettes héréditaires et devait pourvoir aux *sacra*. C'était là sa justification. Elle assurait le paiement des dettes et la continuation des *sacra*, malgré les déshérances qui étaient, nous le verrons, fréquentes dans le système primitif des successions. Elle suppléait aux lacunes de l'ancien droit et engageait l'héritier appelé à faire rapidement adition de l'hérédité.

Mais déjà à la fin de la République l'idée de l'usucapion d'une hérédité comme telle, fut remplacée par celle de l'usucapion des différentes choses corporelles comprises dans la succession. Le possesseur n'acquiert plus la qualité d'héritier tenu des dettes et des *sacra*, il devient seulement propriétaire des choses usucapées. Dès lors l'usucapion *pro herede* avec ses conditions favorables n'a plus de justification, elle devient une *lucrativa et improba usucapio*. Aussi le préteur la déclara-t-il inefficace vis-à-vis des héritiers prétoriens, réforme qui fut étendue aux héritiers civils sous Hadrien. Marc Aurèle alla encore plus loin et fit un crime spécial de la prise de possession des choses héréditaires.

§ 270. — **Succession civile et succession prétorienne.**

Le dualisme du droit civil et du droit prétorien se retrouve sous l'Empire aussi pour les successions.

Le droit de succession se dédouble en succession civile, *hereditas*, basée sur les XII Tables, et succession prétorienne, *bonorum possessio*, basée sur l'édit du préteur. La *B. P.* constitue en droit classique un système complet de succession testamentaire, ab intestat ou contre le testament, système parallèle au civil et fonctionnant soit *adiuvandi*, soit *supplendi*, soit *corrigendi iuris civilis gratia*.

Digitized by Google

A l'origine, la *B. P.* aura été donnée seulement *iuris civilis adiuvandi gratia*, soit que le préteur l'ait accordée provisoirement à l'héritier probable, en cas de contestation sur l'hérédité (école française), soit qu'il l'ait offerte aux héritiers civils testamentaires, mais en leur fixant un délai passé lequel il la donnerait aux héritiers civils ab intestat (Leist et plusieurs auteurs allemands). Ce point est très controversé. Quoi qu'il en soit, le *bonorum possessor* n'avait au début que le droit à la possession des choses héréditaires. Le préteur lui donnait à cet effet un interdit *adipiscendae possessionis*, appelée l'*interdictum quorum bonorum*. Mais plus tard, le préteur accorda pour ou contre lui toutes les actions héréditaires avec la fiction *si heres esset*. Le *bonorum possessor* a dès lors la position d'un véritable héritier ; il n'a cependant pas la qualité d'héritier, car le préteur, ne pouvant pas créer du droit, ne peut pas donner une qualité juridique que le droit n'accorde pas. On finit cependant, au IIe siècle, par assimiler le *bonorum possessor* à un héritier et par lui accorder *utiliter*, l'action successorale de l'héritier civil, *hereditatis petitio*.

La *B. P.* n'est pas toujours définitive. Si elle a été donnée *iuris civilis supplendi gratia*, c'est-à-dire à défaut d'héritier civil, et qu'un héritier civil vienne à se présenter ultérieurement, le *bonorum possessor* doit céder devant l'héritier. On dit alors que la *B. P.* est *sine re*. La *B. P.* accordée *iuris civilis adiuvandi* ou *corrigendi gratia*, est au contraire toujours *cum re*. Elle est définitive.

§ 271. — **Principales différences.**

1° A la différence de la succession civile, la *B. P.* ne s'acquiert jamais de plein droit, à la suite d'une délation. Elle doit toujours être demandée au préteur.

Digitized by Google

Ce magistrat ne l'accordait à l'origine qu'après examen de la demande, *causa cognita*, et par un décret spécial, *B. P. decretalis*. Plus tard, les conditions requises ayant été inscrites dans l'édit, la *B. P.* devient *edictalis ;* elle est accordée sur simple demande à quiconque prétend remplir les conditions voulues, quitte au juge à examiner, en cas de contestation, si ces conditions sont remplies.

2° Le préteur a introduit pour la *B. P.* le principe de la délation successive, d'après lequel si le premier appelé ne demande pas la *B. P.* dans un certain délai, elle est déférée au suivant. La délation civile était au contraire exclusive et les héritiers volontaires n'étaient tenus à aucun délai d'acceptation.

3° La succession civile ab intestat est basée sur l'agnation exclusivement, tandis que la prétorienne appelle aussi des cognats.

4° La *B. P.* rompait l'*usucapio pro herede*, tandis que l'hérédité civile était exclue par elle jusqu'à la Réforme d'Hadrien (§ 269).

Remarque. Le droit impérial ayant appelé à l'*hereditas* plusieurs cognats, et l'*hereditatis petitio* ayant été accordée *utiliter* au *bonorum possessor*, la succession civile et la succession prétorienne se rapprochent toujours plus. Leur opposition subsiste cependant encore dans la compilation de Justinien. Le dualisme ne fut aboli que dans les Novelles de cet empereur ; elles établirent un système unique de succession, sauf en ce qui concerne la *bonorum possessio* de l'époux survivant, qui ne fut pas remplacée par une succession civile.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Délation de la succession.

SECTION I

Succession ab intestat.

§ 272. — Introduction.

La succession ab intestat s'ouvre en droit classique non seulement lorsque le *de cujus* est mort sans testament, mais aussi lorsqu'il a laissé un testament qui reste sans effet, par exemple lorsque l'héritier institué répudie la succession. Le *de cujus* est aussi alors considéré comme *intestatus*. Primitivement, l'intestat n'était probablement que le *de cujus* mort sans testament.

La succession romaine ab intestat était basée à l'origine exclusivement sur la parenté agnatique, mais elle a abouti à un régime purement cognatique grâce aux réformes du préteur, du droit impérial et de Justinien. L'évolution a été très lente à cause de la prépondérance de la succession testamentaire.

Pour la succession ab intestat , il faut distinguer les parents en ligne directe, qui descendent les uns des autres, et ceux en ligne collatérale, qui, sans rapport de descendance entre eux, descendent d'un auteur commun. Quant

Digitized by Google

au degré de parenté, il est donné dans les deux lignes par le nombre des générations qui ont établi la parenté.

Dans la succession collatérale, le degré le plus proche exclut généralement le plus éloigné et la succession se partage par têtes, *in capita*, entre les collatéraux du même degré. Dans la succession directe descendante par contre, les descendants plus éloignés représentent le descendant plus proche prédécédé, et le partage se fait par souches, *in stirpes :* les enfants du prédécédé prennent sa part.

§ 273. — Succession ab intestat des XII Tables.

Les XII Tables instituent trois classes d'héritiers ab intestat. Les héritiers d'une classe ne sont appelés qu'à défaut d'héritiers de la classe précédente. Il n'y a pas délation successive d'une classe à l'autre, c'est-à-dire que si les héritiers d'une classe n'acquièrent pas la succession, celle-ci n'est pas déférée aux héritiers de la classe suivante, mais reste vacante. De même il n'y a pas délation successive d'un degré à l'autre, dans l'intérieur d'une même classe. Toute délation est exclusive et unique. Si l'appelé n'acquiert pas la succession, il y a deshérance, à moins qu'il n'ait cédé son droit à un tiers : *in iure cessio hereditatis nondum aditae.*

Les trois classes sont, par ordre de préférence :

1° les *sui heredes*, ce sont les personnes qui étaient sous la puissance du *de cujus* et qui deviennent *sui iuris* par son décès : ses enfants naturels ou adoptifs qui n'ont pas subi de *capitis deminutio*, sa femme *in manu*, ses petits-enfants dont le père est prédécédé ou émancipé. Il est à remarquer ici que les femmes ne peuvent pas avoir de *sui heredes*, car elles ne peuvent avoir personne sous leur puissance. Les *sui* sont héritiers nécessaires, c'est-à-dire acquièrent la succession de plein droit par suite de la dé-

Digitized by Google

lation. S'ils ne sont pas tous au premier degré, la succession se partage entre eux par souches.

2° Les *proximus agnatus*. S'il y a plusieurs agnats du degré le plus proche, la succession se partage entre eux par têtes. Les femmes, à l'exception des sœurs, sont exclues par extension de la loi Voconia, qui interdit aux citoyens de la première classe d'instituer héritières des femmes.

3°. Les *gentiles*, c'est-à-dire les membres de la *gens* à laquelle appartenait le *de cujus*. La *gens* disparut au commencement de l'Empire.

§ 274. — **Succession prétorienne ab intestat.**

Le préteur appelle successivement 4 classes à la *B. P.* ab intestat. Il admet la délation successive d'une classe à l'autre et même d'un degré à l'autre dans la classe des cognats. La *B. P.* est déférée à la classe ou au degré suivant si elle n'a pas été demandée par la classe ou le degré précédent dans les 100 jours utiles, ou, s'il s'agit de parents et d'enfants, dans l'année utile. Les déshérances sont ainsi évitées.

Les quatre classes sont par ordre de préférence :

1° *Unde liberi*. C'est la classe civile des *sui* augmentée des enfants émancipés qui seraient *sui heredes* sans l'émancipation, mais seulement des émancipés qui sont les descendants du défunt, à l'exclusion par conséquent de ses enfants adoptifs émancipés. La succession se partage par souches et dans chaque souche le degré le plus proche exclut le plus éloigné. Si cependant un fils émancipé avait des enfants restés sous la puissance du *de cujus*, il ne les excluait pas totalement, car ils étaient *sui heredes* du défunt ; l'émancipé ne prenait, depuis Hadrien, que la moitié de la part qu'il aurait eue s'il n'avait pas été émancipé, et ses enfants l'autre moitié, cela conformément à une

Digitized by Google

clause ajoutée dans l'édit perpétuel de Julien, la *clausula nova de coniungendis cum emancipato liberis eius*.

La succession de l'émancipé a en outre cette particularité qu'il ne peut l'obtenir qu'en faisant collation à la masse héréditaire des biens acquis par lui depuis son émancipation, pour autant que ces biens auraient été acquis au père sans l'émancipation, à l'exclusion par conséquent des biens qui auraient constitué un *peculium castrense* et *quasi castrense* ou des biens adventices.

2° *Unde legitimi*. C'est la classe des héritiers civils : les *sui* appelés pour la seconde fois, mais sans les émancipés, les agnats et autrefois aussi les *gentiles*.

3° *Unde cognati*. Ce sont les cognats jusqu'au sixième degré ou jusqu'au septième s'il s'agit d'enfants de cousins issus de germains, *a sobrinis nati*. Cette classe comprend de nouveau les *liberi* et les agnats ; mais elle s'étend aux parents par les femmes. Elle établit en particulier un droit de succession réciproque entre la mère et ses enfants. Tous ces cognats sont appelés, quel que soit leur sexe, à raison de la proximité du degré avec *successio graduum*.

4° *Unde vir et uxor*. La *B. P.* est offerte en dernier lieu au conjoint survivant, indépendamment de toute *conventio in manum*.

§ 275. — Droit impérial.

Deux S. C. du second siècle ont introduit un droit de succession réciproque entre la mère et ses enfants. Jusque-là un tel droit n'avait existé dans le système civil, que lorsque la mère s'était mariée avec *conventio in manum* (§ 261), et dans le système prétorien, qu'à défaut de tout héritier civil, c'est-à-dire dans la classe *unde cognati*.

1° Le S. C. *Tertullien*, sous Hadrien, appelle la mère à la succession légitime de ses enfants, pourvu qu'elle en ait eu au moins trois. Dès lors la mère passe de la classe

Digitized by Google

unde cognati à la classe *unde legitimi.* Elle est exclue par les *liberi* et le frère agnatique ; elle concourt avec la sœur agnatique, mais prime tous les autres agnats du défunt.

2° Le S. C. *Orfitien*, sous Marc Aurèle, appelle les enfants à la succession de leur mère avant tout autre agnat.

Ces deux S. C. appellent pour la première fois des parents cognatiques à la succession civile ab intestat. Ce mouvement s'est accentué sous les empereurs chrétiens et il en est résulté une complication extrême du droit de succession.

§ 276. — **Novelle 118.**

Justinien simplifia les choses par sa Novelle 118, de l'an 543, en abolissant la distinction des successions civiles et des successions prétoriennes, et en basant la succession ab intestat exclusivement sur la parenté cognatique.

Il institua quatre classes d'héritiers ab intestat, avec délation successive d'une classe à l'autre et aussi d'un degré à l'autre dans chaque classe.

Ces quatre classes sont, par ordre de préférence :

1° Les descendants ; ils succèdent par souches avec représentation des prédécédés par leurs enfants. Ils doivent faire collation des dotations reçues du *de cujus.*

2° Les ascendants et les frères et sœurs germains ou les enfants de frères et sœurs germains prédécédés. S'il n'y a que des ascendants, le plus proche exclut les plus éloignés, même de l'autre ligne. Mais s'ils sont plusieurs du même degré dans les deux lignes, la succession se partage par lignes et ensuite par têtes. Lorsque les ascendants sont en concours avec des collatéraux, le partage se fait par têtes, sauf pour les enfants de frères et sœurs prédécédés qui succèdent par souches.

Digitized by Google

3° Les frères et sœurs unilatéraux et leurs enfants en cas de prédécès.

4° Les autres collatéraux à l'infini suivant la proximité du degré ; le degré le plus proche exclut les autres et se partage la succession par têtes, s'il a plusieurs représentants.

Remarque. Justinien ne s'est pas occupé de l'époux survivant. Aussi a-t-on conservé pour lui la *B. P.* que le préteur lui accordait à défaut d'autres héritiers. Cette *B. P.* est désormais l'unique vestige de la succession prétorienne.

Section II

Succession testamentaire.

§ 277. — **Formes du testament dans l'ancien droit.**

Le testament est l'acte unilatéral de dernière volonté qui institue un héritier. Pour qu'un testament soit valable, il faut qu'il ait été fait dans les formes voulues, par une personne capable de tester et au profit d'une personne capable d'être instituée héritière.

Dans le très ancien droit, c'est toujours un acte public. Il se fait de deux façons :

1° en temps de paix, il se fait *calatis comitiis*, c'est-à-dire qu'il est soumis à l'approbation des comices par curies, qui se rassemblent à cet effet deux fois par an sous la présidence d'un pontife ;

2° en temps de guerre, il se fait *in procinctu*, c'est-à-dire par une déclaration devant l'armée rangée en ordre de bataille.

Le testament *calatis comitiis* ne pouvant se faire que deux fois par an, on recourait en cas d'urgence à l'expé-

Digitized by Google

dient d'une *familiae mancipatio*. La personne qui veut régler sa succession, mancipe son patrimoine, sa *familia*, à celui qu'elle veut comme successeur, en lui indiquant les charges de la succession. Le *familiae emptor* joue ainsi le rôle d'un héritier.

La loi des XII Tables ayant introduit la liberté testamentaire, le testament *calatis comitiis* perdit son importance ; la *familiae mancipatio* devint la façon habituelle de tester et se transforma en un véritable testament privé *per aes et libram*.

Dans ce nouveau testament, la mancipation n'est plus une aliénation du patrimoine au *familiae emptor*. Ce n'est plus qu'une simple forme par laquelle le testateur exprime sa volonté. L'acte essentiel de l'opération, c'est désormais la déclaration de cette volonté, la *nuncupatio*, qui accompagne la mancipation. C'est dans cette *nuncupatio* que le testateur indique ses dernières volontés et désigne un tiers quelconque comme héritier. Ces dispositions sont sanctionnées en vertu des XII Tables qui permettent de tester librement.

§ 278. — Droit prétorien.

La *nuncupatio* du testament *per aes et libram* était à l'origine une déclaration orale. Mais plus tard, elle se fit plutôt par une déclaration écrite sur des tablettes de cire, que le testateur se bornait à confirmer de vive voix, après quoi les cinq témoins de la mancipation, le *libripens* et le *familiae emptor* cachetaient les tablettes. Dès lors cet acte écrit est devenu l'essentiel. Aussi le préteur fait-il abstraction du simulacre de mancipation et promet-il la *B. P. secundum tabulas* à l'héritier institué dans des tablettes cachetées par au moins sept témoins. Seulement, si les formalités de la mancipation n'ont pas été observées, cette

Digitized by Google

B. P. était *sine re* jusqu'à une réforme d'Antonin le Pieux qui la rendit définitive.

§ 279. — **Droit de Justinien.**

Le droit de Justinien connaît des testaments publics et des testaments privés.

1° Les testaments publics sont au nombre de deux :

a) la déclaration devant les autorités municipales ou judiciaires ;

b) la remise à l'empereur d'un testament écrit.

2° Les testaments privés sont réguliers ou anomaliques.

Les testaments réguliers sont :

a) la déclaration orale devant sept témoins ;

b) la présentation à sept témoins d'un testament écrit que le testateur signe en présence des témoins et que ceux-ci cachettent et signent ensuite.

Les testaments anomaliques sont ceux dont les formalités sont aggravées, ainsi celui de l'aveugle qui exige un huitième témoin, lequel doit lire l'acte aux autres témoins et le signer à la place de l'aveugle, ou bien diminuées. Les testaments à formalités diminuées sont appelés privilégiés. Tels sont le *testamentum ruri conditum*, pour lequel il suffit de 5 témoins, le testament d'un ascendant instituant ses descendants, pour lequel il suffit d'un écrit holographe ou d'une déclaration devant deux témoins, surtout enfin le testament militaire, dont la forme et le contenu sont affranchis de toute règle.

§ 280. — **Testament militaire.**

Ce privilège fut d'abord accordé aux soldats par César, à titre temporaire. Il fut renouvelé par Titus, Domitien et Nerva pour la durée de leur règne. Enfin, à partir de

Digitized by Google

Trajan, il est acquis aux soldats d'une façon définitive. Mais, anciennement déjà, les soldats en campagne avaient pu tester dans la forme privilégiée du testament *in procinctu*.

Le testament militaire est affranchi de toute forme : il suffit d'une manifestation quelconque des dernières volontés du soldat.

Le testament militaire est affranchi de toute règle de fond : d'abord, le soldat peut, bien que fils de famille, valablement tester sur son *peculium castrense ;* ensuite, il peut, contrairement à la règle *semel heres semper heres*, instituer un héritier sous un terme suspensif, de même que sous un terme ou une condition résolutoire ; enfin, il peut mourir partie testat, partie intestat.

Le privilège du testament militaire appartenait avant Justinien à tous les soldats. Justinien l'a restreint aux soldats en campagne.

Le testament militaire reste valable encore pendant une année *post honestam missionem ;* il perd toute valeur si le soldat a été renvoyé *ignominiae causa*.

§ 281. — **Capacité de tester.**

Elle est appelée *testamenti factio* active par opposition à la *testamenti factio* passive exigée des héritiers et des légataires.

Elle suppose :

1° la capacité d'avoir un patrimoine. Elle est en conséquence refusée aux esclaves, aux pérégrins qui n'ont pas le *commercium* et aux personnes *alieni iuris*. Quant à ces dernières cependant, il est à remarquer que le fils de famille peut valablement tester sur son pécule castrens ou quasi-castrens.

2° La puberté et la santé d'esprit. La *testamenti factio*

Digitized by Google

active est donc refusée aux impubères, aux fous et aux prodigues.

3° Le sexe masculin. Dans le très ancien droit cette incapacité des femmes de tester s'explique par les formes mêmes du testament : la femme ne faisant partie ni des comices ni de l'armée, il est naturel qu'elle ne puisse faire ni un testament *calatis comitiis* ni un testament *in procinctu*. Depuis l'admission du testament *per aes et libram*, l'incapacité des femmes de tester s'explique par l'intérêt de leurs héritiers légitimes à n'être pas dépouillés de leur succession. Pour pouvoir tester, la femme devait rompre ses liens de parenté agnatique au moyen d'une *coemptio fiduciaria*, c'est-à-dire d'une *coemptio* faite à charge d'émancipation. Cet expédient fut rendu inutile par un sénatus-consulte qui, sous Hadrien, permet aux femmes de tester avec l'*auctoritas* de leur tuteur. Le préteur alla encore plus loin et accorda la *bonorum possessio secundum tabulas* à l'héritier institué dans le testament fait par une femme, même sans l'*auctoritas* de son tuteur. Cette *bonorum possessio* d'abord *sine re*, devint *cum re* sous Antonin le Pieux, au moins dans certains cas. Enfin, avec la disparition de la tutelle des femmes, leur capacité de tester fut reconnue aussi complètement que pour les hommes.

4° L'absence de certains défauts physiques : les sourds et les muets étaient incapables de tester en droit classique.

5° Enfin la *testamenti factio* active est refusée aux *Latins Juniens*.

§ 282. — **Institution d'héritier.**

L'objet essentiel du testament est l'institution d'un héritier. Sans elle il n'y a pas de testament.

Conditions de validité.

Digitized by Google

L'institution n'est valable que si elle a été faite dans la forme voulue et si la personne désignée est capable d'être instituée héritière.

a) *Forme.*

Le droit classique exigeait la forme impérative : *Titius heres esto* ou *Titium heredem esse iubeo.* Constance abolit cette exigence en 339 ; il suffit désormais d'une déclaration quelconque, pourvu qu'elle désigne l'héritier d'une façon certaine.

b) *Capacité : testamenti factio* passive.

Sont incapables :

1° Les pérégrins qui n'ont pas le *commercium.*

2° Les esclaves. On peut cependant instituer son esclave à condition de l'affranchir dans la même disposition testamentaire. Cet esclave est alors héritier nécessaire. Quant à l'esclave d'autrui, s'il est institué héritier, il ne peut accepter la succession qu'avec le *iussus* de son maître, qui seul acquiert la succession.

3° Les femmes ne pouvaient plus depuis la loi *Voconia*, de la fin de la République, être instituées héritières par les citoyens de la première classe, c'est-à-dire ayant plus de 100 000 sesterces. Cette défense tomba en désuétude sous l'Empire, en même temps que le cens.

4° Enfin, avant Justinien, les *personae incertae.* On appelle ainsi les personnes dont le testateur n'a pu se faire une idée précise, par exemple : la première personne qui viendrait à ses funérailles, de même les personnes juridiques et les postumes, c'est-à-dire les personnes nées après la confection du testament.

Pour les *postumi sui* cependant, déjà le *ius civile* avait permis leur institution et leur exhérédation, pour la raison que la survenance d'un tel postume qui n'était pas mentionné dans le testament, annulait cet acte. Le préteur alla encore plus loin dans cette voie en accordant la *B. P.* à

Digitized by Google

tout *postumus*, même *alienus*, institué héritier dans un testament.

Quant aux personnes juridiques, déjà le droit classique avait admis quelques exceptions à leur incapacité d'être instituées héritières. Ces exceptions concernent soit certaines divinités, soit les cités, auxquelles on accorda la capacité d'être instituées par leurs affranchis. Mais le droit chrétien prit une mesure beaucoup plus générale en permettant d'instituer l'église, les fondations pieuses et les cités. Enfin Justinien autorisa l'institution des personnes incertaines, en particulier des corporations, des personnes désignées sans précision, et des *postumi alieni*.

Modalités de l'institution.

1° *Condition et terme.* La condition suspensive est admise. Elle a pour conséquence de subordonner à sa réalisation l'effet de l'institution. La condition et le terme résolutoires, de même que le terme suspensif, ne sont pas admis, comme étant contraires au principe *semel heres semper heres*. Si le testateur affecte l'institution d'une de ces dernières modalités, c'est celle-ci qui est censée non écrite. Il en est de même des conditions suspensives impossibles ou illicites.

2° *Pluralité d'institués.* Le testateur peut instituer plusieurs héritiers. Si un seul d'entre eux accepte la succession, il prend le tout. Si plusieurs acceptent, la succession se divise entre eux : *concursu partes fiunt*. Les parts sont égales, sauf disposition contraire du testateur.

3° *Substitution.* Il y a substitution lorsque le testateur institue subsidiairement un second héritier, pour le cas où le premier institué viendrait à faire défaut. Le second institué est alors substitué au premier.

Une telle substitution n'est permise que pour le cas où le premier institué ne devient pas héritier, soit par suite de prédécès, soit par suite de refus (substitution vulgaire).

Digitized by Google

Elle n'est pas admise pour le cas où le premier institué meurt après avoir acquis la succession ; ce serait contraire au principe *semel heres semper heres*. On permet cependant au père de substituer à son fils impubère un second héritier, même pour le cas où le fils aurait déjà acquis la succession paternelle, à la condition toutefois qu'il soit mort encore pupille, impubère, c'est-à-dire alors qu'il ne pouvait pas encore faire de testament (substitution pupillaire).

Remarque. En droit de Justinien, tous les ascendants d'un aliéné peuvent lui substituer un second héritier, à condition de lui laisser sa légitime (substitution quasi-pupillaire).

§ 283. — **Nullité des testaments.**

Il faut distinguer ici entre la nullité dès le principe et celle survenue après la confection du testament.

La nullité dès le principe est toujours inguérissable, tandis que la nullité survenue est guérissable en droit prétorien, si sa cause vient à disparaître.

Le testament est nul dès le principe :

1° s'il est fait par une personne incapable de tester ;

2° s'il institue une personne incapable d'être instituée ;

3° s'il est fait sans les formes voulues ;

4° s'il omet un *filius suus* ou en droit prétorien un *liber*.

Le testament d'abord valable est annulé après coup :

1° lorsque le testateur subit une *capitis deminutio*, sauf si elle résulte d'une captivité de guerre. Dans ce cas on applique le *ius postliminii* ou bien la fiction que le citoyen mort captif est censé mort au moment où il a été pris.

2° Si le testateur révoque son testament. Cette révocation ne pouvait se faire d'après le *ius civile* que par la confection d'un nouveau testament, mais d'après le droit

Digitized by Google

prétorien il suffit de la destruction intentionnelle du testament ou de l'effacement de l'institution d'héritier, ou de la rupture des cachets.

3° S'il survient un *postumus suus* omis dans le testament.

4° Si aucun des héritiers institués ne peut ou ne veut recueillir la succession.

5° Si le testament a été judiciairement cassé comme *inofficiosum*, ce qui donne lieu à la succession contre le testament.

Section III

Succession contre le testament.

§ 284. — **Introduction.**

En droit de Justinien la succession est accordée contre le testament à certains proches parents que le testateur n'a pas institués héritiers et qui n'ont pas reçu leur légitime, c'est-à-dire la part que la loi leur réserve.

Justinien a combiné en cette matière les règles antérieures relatives à la prétérition des descendants et à la *querela inofficiosi testamenti.*

§ 285. — **Prétérition des descendants.**

La loi des XII Tables en introduisant la liberté testamentaire, avait permis au testateur de préférer aux *heredes sui*, d'autres héritiers de son choix. Seulement le testateur ne pouvait le faire qu'en déshéritant d'abord expressément ses *heredes sui.* Il ne pouvait pas les exclure par une simple omission (prétérition). Il devait ou bien les instituer ou bien les exhéréder expressément. Le *filius*

Digitized by Google

suus devait être déshérité *nominatim*, pour les autres *sui* il suffisait d'une exhérédation *inter ceteros*, par les mots : *ceteri omnes exheredes sunto.*

Si un *heres suus* non institué héritier dans le testament, n'avait pas été régulièrement exhérédé, les conséquences de cette prétérition étaient :

1° pour les *sui* non postumes,

a) nullité du testament s'il s'agit d'un *filius suus ;*

b) s'il s'agit d'un autre *suus*, correction du testament, dans ce sens que l'omis concourt avec les héritiers institués, il accroît leur nombre (*ius adcrescendi*) en prenant une moitié de la succession si les héritiers institués sont des *extranei*, une part virile si ce sont des *sui.*

2° Pour les *postumi sui* annulation du testament, quel que soit leur sexe et leur degré.

Remarque. Le préteur étendit à tous les *liberi* la nécessité de les instituer ou de les exhéréder expressément. L'exhérédation doit se faire *nominatim* pour tous les *liberi* du sexe masculin, qu'ils soient fils ou petit-fils du testateur ; elle peut se faire *inter ceteros* pour les *liberi* du sexe féminin. Les *liberi* omis obtiennent la *B. P. contra tabulas* en concours avec les *liberi* institués, mais à l'exclusion des *liberi* exhérédés dans le testament. Cet acte reste donc valable pour les exhérédations ; il reste de même efficace pour les substitutions pupillaires.

§ 286. — Querela inofficiosi testamenti.

Les règles de la prétérition ne restreignaient la liberté testamentaire que dans sa forme. Au début de l'Empire elle fut restreinte quant au fond. A cette époque, on en était arrivé à considérer comme contraire au devoir de piété familiale, à l'*officium pietatis*, le testament qui ne laissait pas une part convenable aux plus proches parents.

Digitized by Google

Un tel *testamentum inofficiosum* n'en était pas moins inattaquable en droit, pourvu qu'il ne passât sous silence aucun *heres suus* ou *liber*. Aussi les nouvelles idées furent-elles sanctionnées par la jurisprudence au moyen d'un expédient artificiel. Les centumvirs, qui étaient compétents en matière d'hérédité, accordèrent au parent lésé la rescision du testament, en partant du prétexte que le testateur avait dû être fou pour faire un testament contraire à l'*officium pietatis*. La rescision du testament avait alors pour conséquence de donner lieu à la succession ab intestat et de rendre ainsi leur part aux plus proches parents.

L'action intentée par le parent lésé s'appelle *querela inofficiosi testamenti*. Elle s'ouvre aux conditions suivantes :

1° que le demandeur soit un descendant, un ascendant ou un frère ou sœur du testateur et qu'il en soit le plus proche héritier ab intestat civil ou prétorien. Pour les frères et sœurs, ils doivent être agnats et avoir été dépouillés au profit d'une *persona turpis*.

2° Que le demandeur n'ait reçu du défunt, à aucun titre, une part convenable dans la succession. Cette part fut fixée au quart de la part ab intestat par analogie de la *lex Falcidia*, d'où le nom de légitime.

3° Que le demandeur ait été privé de sa légitime sans juste motif. Ce point est laissé à l'appréciation du juge, comme l'avaient été à l'origine aussi les précédents.

La *querela* devait être intentée séparément contre chaque héritier institué. Si elle échouait contre l'un d'eux et réussissait contre l'autre, par exemple lorsqu'un seul des institués préférés à un frère était *persona turpis*, alors le testament n'était rescindé que pour partie. Il en résultait que le *de cujus* était *pro parte testatus pro parte intestatus*.

Remarque. Le principe de la *querela* fut étendu aux libé-

Digitized by Google

ralités entre vifs qui portent atteinte à la légitime. De là la *querela inofficiosae dotis* ou *donationis*.

§ 287. — **Novelle 115.**

Dans cette novelle, Justinien règle la succession contre le testament des descendants et des ascendants.

Les descendants ou à leur défaut les ascendants devront être institués héritiers par le testateur et recevoir leur légitime ; ils ne pourront être exhérédés que pour l'une des causes admises par la novelle ; cette cause devra être mentionnée dans le testament et l'héritier aura à la prouver. La légitime est fixée au tiers de la part ab intestat s'il y a quatre légitimaires au moins, à la moitié s'il y en a plus de quatre. Un légitimaire qui, bien qu'institué, ne reçoit pas toute sa légitime, a une action *ad supplendam legitimam*. Le légitimaire non institué est, au moyen de la *querela*, substitué pour sa part entière ab intestat à l'héritier testamentaire.

Remarque. Justinien ne s'étant pas occupé des frères et sœurs, le régime antérieur a subsisté pour eux.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Acquisition de la succession.

§ 288. — Héritiers nécessaires et héritiers volontaires.

Les héritiers prétoriens n'acquièrent la *B. P.* que sur demande (§ 271).

Les héritiers civils par contre acquièrent la succession tantôt de plein droit par le fait même de la délation, s'ils sont héritiers nécessaires, tantôt volontairement par l'adition, s'ils sont héritiers volontaires (§ 268).

1° *Héritiers nécessaires.*

Ce sont les *heredes domestici*, c'est-à-dire les *heredes sui* et les esclaves institués héritiers *cum libertate* (§ 282). Ces personnes, devenant héritiers de plein droit, ne pouvaient pas à l'origine échapper à la faillite et à ses conséquences, lorsque la succession qui leur était déférée était insolvable. Mais plus tard le préteur leur vint en aide en accordant :

a) aux *heredes sui*, le *ius abstinendi*, grâce auquel il les traitait comme non héritiers à condition de s'abstenir de toute ingérence dans la succession. La faillite se faisait alors au nom du défunt sur sa succession traitée comme vacante ;

b) aux esclaves institués, le *beneficium separationis*, grâce auquel l'affranchi ne répondait des dettes héréditai-

Digitized by Google

res que jusqu'à concurrence de l'actif héréditaire, ses autres acquisitions étant séparées de la masse en faillite et soustraites aux créanciers héréditaires. Cette séparation n'empêche cependant pas l'affranchi de devenir héritier et de subir la faillite en son propre nom.

2° *Héritiers volontaires.*

a) *Modes d'acquisition.* L'adition de l'hérédité civile se faisait anciennement par un acte solennel appelé *cretio*. Sous l'Empire elle se fait plutôt par une acceptation tacite, c'est-à-dire par le fait de se comporter comme héritier, *pro herede gestio*, ou par une simple déclaration expresse d'acceptation. La *cretio* n'est plus exigée que pour l'héritier testamentaire auquel le testateur l'a imposée en lui fixant un délai d'acceptation. En droit de Justinien la *cretio* n'existe plus.

L'acceptation de la succession prétorienne se fait par une demande adressée au magistrat et admise par lui.

b) *Délai d'acquisition, ius deliberandi.* A moins qu'il ne fût institué *cum cretione*, l'héritier civil n'était lié à aucun délai pour faire adition (§ 271), et la succession pouvait rester en suspens jusqu'à sa mort sauf *usucapio pro herede* (§ 269). Mais le préteur permit aux intéressés, créanciers, légataires, héritiers substitués ou ab intestat, d'exiger devant lui une décision de l'héritier appelé. Le préteur accorde à ce dernier, sur sa demande, un *spatium deliberandi*, généralement de 100 jours, passé lequel il est censé répudier la succession s'il n'a rien répondu. En droit de Justinien au contraire, il est censé accepter la succession.

Quant à l'héritier prétorien, nous avons déjà vu qu'il a un délai de cent jours utiles ou, s'il s'agit de parents en ligne directe, d'une année utile pour demander la *B. P.* (§ 274).

Remarque. Depuis la loi *Julia* et la loi *Papia Poppaea*,

Digitized by Google

sous Auguste, l'héritier testamentaire était frappé d'une incapacité spéciale d'acquérir la succession déférée, lorsqu'il n'avait pas d'enfants et qu'il n'était pas un cognat jusqu'au sixième degré ou un proche allié du *de cujus*. Cette incapacité était totale pour les *caelibes*, de moitié pour les hommes mariés sans enfants, *orbi*, de même que pour les femmes mariées qui n'ont pas au moins trois enfants, si elles sont ingénues, quatre si elles sont affranchies. En droit de Justinien, cette incapacité n'existe plus.

§ 289. — **Personne de l'acquéreur.**

Le droit d'acquérir la succession est exclusivement réservé à la personne à laquelle la succession est déférée. Elle ne peut en principe ni le céder à un tiers ni le transmettre à ses héritiers, sauf les exceptions suivantes :

1° L'ancien droit permettait à l'héritier ab intestat volontaire de céder en justice à un tiers la succession dont il n'avait pas encore fait adition (§ 273).

2° Certains cas de transmission de la délation aux héritiers de l'appelé ont été admis successivement. Les principaux sont :

a) la transmission du chef d'une restitution en entier. Elle est accordée aux héritiers de l'appelé qui a été empêché d'acquérir la succession par une circonstance admise au nombre des causes de restitution, et qui est mort pendant le délai de restitution.

b) La *transmissio Theodosiana*. Elle est accordée aux descendants d'un héritier institué dans un testament qui n'a été ouvert qu'après sa mort, et qui par conséquent ne lui a pas permis d'acquérir la succession.

c) La *transmissio ex capite infantiae*. Elle est accordée au père d'un enfant mort avant l'âge de sept ans et avant

Digitized by Google

d'avoir acquis une hérédité à lui déférée que le père aurait pu, du vivant de l'enfant, acquérir en son nom.

d) La *transmissio Justinianea*. Elle est accordée aux héritiers de l'appelé qui est mort dans l'année dès la délation sans avoir acquis ni répudié la succession. Ses héritiers ont le reste de l'année pour acquérir la succession pour leur compte. Le délai d'une année est remplacé par celui de la délibération, lorsqu'un tel délai a été fixé à l'appelé.

§ 290. — **Effets de l'acquisition.**

L'héritier qui a acquis la succession représente et continue la personne du défunt. Il devient propriétaire des choses héréditaires, créancier des créances du défunt, débiteur de ses dettes. Le patrimoine du défunt et celui de l'héritier se confondent en un seul dont l'héritier est le sujet.

Il résultait de cette confusion une perte considérable, soit pour l'héritier, lorsque la succession était insolvable, soit pour les créanciers héréditaires, lorsque c'était l'héritier qui était insolvable, la succession étant solvable.

Le premier inconvénient n'était écarté avant Justinien que pour les esclaves institués *cum libertate* (§ 288), et aussi, depuis Gordien, pour les soldats. Mais, en dehors de ces deux cas, l'héritier, à moins qu'il n'eût fait un concordat avec les créanciers héréditaires (§ 213), répondait des dettes héréditaires comme des siennes propres, c'est-à-dire au-delà de l'actif héréditaire. Justinien fit en cette matière une réforme considérable en accordant à tout héritier le bénéfice d'inventaire, grâce auquel les deux patrimoines sont séparés et la responsabilité de l'héritier limitée à l'actif héréditaire, à condition qu'il ait fait dresser en

Digitized by Google

temps voulu un inventaire régulier de la succession, et n'ait pas demandé un délai de délibération.

Le second inconvénient a déjà été écarté par le préteur grâce au bénéfice de séparation accordé sur demande aux créanciers héréditaires. Les deux patrimoines sont séparés et l'actif héréditaire est réservé au paiement des dettes héréditaires.

Remarque. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, les effets de l'acquisition ne se produisent vis-à-vis de chacun d'eux que pour sa part héréditaire. Mais, tandis que les obligations, à moins d'être indivisibles, se divisent entre eux de plein droit, les choses héréditaires deviennent leur copropriété indivise. Le partage effectif s'en fait ultérieurement soit par commun accord, soit par l'*actio familiae erciscundae.*

§ 291. — Défaut d'acquisition.

1° *Défaut de tous les héritiers.*

Lorsque l'héritier appelé fait défaut ou n'accepte pas la succession, si c'est un héritier testamentaire, la succession est déférée aux héritiers substitués ou ab intestat, — si c'est un héritier ab intestat, elle est déférée, en droit prétorien et en droit de Justinien, à l'héritier suivant. Si aucun héritier ne se trouve, la succession reste vacante. Une telle succession était autrefois mise en vente par le préteur au profit des créanciers héréditaires. Depuis les lois *Julia* et *Papia Poppaea* elle échoit à l'*aerarium* qui peut la refuser, mais qui, s'il l'accepte, doit en exécuter les charges jusqu'à concurrence de l'actif.

2° *Défaut d'une partie des héritiers.*

Lorsque la succession est déférée simultanément à plusieurs personnes et qu'une partie seulement d'entre elles fasse défaut ou refuse, il n'y a pas dévolution des parts

Digitized by Google

des défaillants aux héritiers suivants, mais bien accroissement proportionnel des parts des cohéritiers acceptants. C'est le droit d'accroissement. Sa justification est dans le caractère universel de la succession héréditaire, caractère qui implique une vocation de l'héritier au tout, chaque fois qu'il n'y est pas empêché par le concours d'autres cohéritiers du même rang.

Ces règles furent modifiées en matière de succession testamentaire par les lois *Julia* et *Papia Poppaea*. Ces lois règlent comme suit le sort des *caduca*, c'est-à-dire des dispositions testamentaires valables en elles-mêmes, mais qui sont tombées par suite de l'incapacité spéciale du gratifié ou par suite de son défaut. Le droit d'accroissement ne subsiste pour les *caduca*, qu'au profit des ascendants ou des descendants. A défaut d'ascendants ou de descendants, le *caducum* revient aux personnes mariées et ayant des enfants qui sont instituées héritières dans le testament, ou à leur défaut à celles qui, réunissant les mêmes conditions, y sont gratifiées d'un legs, ou enfin, à leur défaut, au trésor public.

L'ancien droit d'accroissement a été rétabli par Justinien, mais avec un principe des lois caducaires, suivant lequel l'accroissement se fait avec les charges de la part vacante.

§ 292. — **Sanction de l'acquisition.**

1° *Succession civile.*

L'héritier civil est protégé par une action réelle, la *petitio hereditatis.*

Cette action a pour objet la restitution à l'héritier de tout ou partie de l'hérédité. Cette restitution est amenée indirectement par l'*arbitrium de restituendo*, dans lequel le juge invite le défendeur à restituer sous peine d'être

Digitized by Google

condamné. Le défendeur à l'action est toute personne qui possède une chose héréditaire *pro herede*, c'est-à-dire en se prétendant héritier, ou *pro possessore*, c'est-à-dire en n'invoquant aucun titre. Que si le possesseur ne conteste pas la qualité d'héritier du demandeur, mais bien la propriété du *de cujus*, alors l'héritier doit intenter contre lui la revendication, qui seule soumet au juge la question de propriété, tandis que la *petitio hereditatis* ne lui soumet que la question d'hérédité.

Les règles de la restitution dans la pétition d'hérédité ont été établies définitivement sous Hadrien par le S. C. Juventien, après que l'usucapion *pro herede* eut été déclarée inefficace contre la pétition d'hérédité. Ce S. C. établit une distinction fondamentale entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi. Le premier n'est tenu à restitution que jusqu'à concurrence de son enrichissement, le second l'est jusqu'à concurrence de tout le préjudice causé.

2° *Succession prétorienne.*

Le *bonorum possessor* n'avait à l'origine que l'interdit *quorum bonorum*, au moyen duquel il obtenait la possession des choses héréditaires possédées par un *possessor pro herede* ou *pro possessore*, ou même par le bénéficiaire d'une usucapion *pro herede*. Sous l'Empire on lui accorda en outre *utiliter* la *petitio hereditatis* (§ 270).

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Legs et fidéicommis.

§ 293. — Introduction.

Le legs et le fidéicommis sont des dispositions pour cause de mort qui n'instituent pas d'héritier.

Le legs est une disposition à titre particulier. Le fidéicommis peut être à titre particulier ou à titre universel. Le legs est une institution de l'ancien droit, le fidéicommis est une création du droit impérial.

Ces deux institutions, d'abord absolument distinctes et même opposées, se sont peu à peu rapprochées et ont fini par être fondues en une seule par Justinien.

§ 294. — Legs.

Le *legatum* de l'ancien droit est une disposition testamentaire à titre particulier mise à la charge de l'héritier institué. Il ne pouvait d'abord être fait que dans le testament et après l'institution d'héritier. Depuis Auguste il suffit d'un codicille confirmé par testament. On appelle codicille un acte de dernière volonté qui ne renferme aucune institution d'héritier. Il devait en outre être fait dans les termes solennels consacrés pour chacune de ses variétés.

Ces variétés sont :

1° Le legs *per vindicationem*, par lequel la propriété, et

Digitized by Google

avec elle la revendication de la chose léguée, est directement transférée au légataire. Ce legs ne peut porter valablement que sur la chose appartenant au testateur.

2° Le legs *per damnationem*, par lequel l'héritier est condamné à remettre une chose au légataire. Ce dernier n'acquiert ici qu'une créance contre l'héritier. Mais cette variété de legs est plus avantageuse que la précédente, en ce qu'elle peut porter sur la chose d'autrui.

3° Le legs *per praeceptionem*, par lequel on permet à l'un des cohéritiers de prélever une certaine chose dans l'hérédité. C'est une variété du legs *per vindicationem*.

4° Le legs *sinendi modo*, par lequel l'héritier est condamné à laisser le légataire prendre une certaine chose. C'est une variété du legs *per damnationem*, mais qui ne peut porter que sur la chose du testateur ou de l'héritier.

§ 295. — **Fidéicommis.**

Le fidéicommis est une disposition de dernière volonté par laquelle on prie son héritier ou son légataire, on confie à sa foi, de remettre quelque chose à une troisième personne. Ce moyen s'était introduit surtout pour le cas où l'on voulait gratifier une personne qu'on ne pouvait pas instituer légataire ou héritier, par exemple un étranger.

Sous la République, les fidéicommis n'avaient en droit aucune force obligatoire. Mais déjà Auguste chargea dans certains cas, les consuls de les faire respecter par voie de procédure administrative, *cognitio extra ordinem*. La sanction des fidéicommis se généralisa dès lors rapidement et fut confiée par Claude à un préteur spécial, le *praetor fideicommissarius*.

Le fidéicommis diffère du legs en ce qu'il peut être fait en dehors du testament ou d'un codicille confirmé par testament, en ce qu'il peut se faire dans des termes quel-

Digitized by Google

conques et en ce qu'il peut être imposé à quiconque reçoit des biens du *de cujus*, héritier testamentaire ou ab intestat, légataire, fidéicommissaire.

Le bénéficiaire s'appelle fidéicommissaire, le grevé s'appelle fiduciaire.

§ 296. — **Rapprochement des legs et des fidéicommis.**

Ce rapprochement s'opéra peu à peu par suite de l'atténuation du formalisme en matière de legs et par suite de l'introduction de règles légales en matière de fidéicommis.

1° En matière de legs, un S. C. de Néron décida d'abord le maintien comme legs *per damnationem*, de tout legs nul à raison du choix erroné de la formule employée. Ensuite, les fils de Constantin permirent de faire les legs dans des termes quelconques.

2° En matière de fidéicommis, on annula d'abord ceux en faveur d'un pérégrin ou d'un incapable d'après les lois *Julia* et *Papia Poppaea ;* le droit byzantin exigea ensuite pour les fidéicommis codicillaires non confirmés par testament, la présence d'un certain nombre de témoins que Justinien fixa à cinq.

3° Enfin toute différence de procédure cessa avec la disparition de la procédure formulaire.

En somme la principale différence qui subsista, était que le legs ne pouvait être fait qu'à la charge d'un héritier testamentaire. Cette différence fut abolie par Justinien, qui fusionna les deux institutions en une seule en décidant de lui appliquer les règles les plus favorables des deux.

Digitized by Google

§ 297. — **Restrictions des legs et des fidéicommis.**

La liberté testamentaire garantie par les XII Tables, subit en matière de legs quelques restrictions à la fin de la République. La plus importante est celle établie dans un but fiscal par la *lex Falcidia* en l'an 40 avant J.-C. Cette loi défendit de léguer plus des trois quarts de l'héritage net. Chaque héritier testamentaire doit recevoir franc de legs le quart de la portion pour laquelle il est institué. Si les legs atteignent ce quart, ils sont réduits de plein droit et proportionnellement. Ces dispositions sont d'ordre public, le testateur ne peut pas les modifier.

La quarte Falcidie fut étendue des legs aux fidéicommis par le S. C. Pégasien, sous Vespasien.

§ 298. — **Règles relatives aux legs et aux fidéicommis.**

1° *Personnes désignées.*

Les legs et les fidéicommis impliquent trois sujets : le disposant, le grevé et le bénéficiaire.

Pour un legs, le disposant ne peut être que le testateur, il doit en conséquence avoir la *testamenti factio* active. Le grevé ne peut être que l'héritier institué. Quant au légataire, il doit avoir la *testamenti factio* passive.

Pour un fidéicommis, le disposant n'est pas nécessairement testateur. Aussi à l'origine n'exigeait-on pas de lui la *testamenti factio* active. Quant au fiduciaire, c'est une personne quelconque qui a reçu quelque chose dans la succession du *de cujus*. Le fidéicommissaire enfin n'avait pas besoin à l'origine d'avoir la *testamenti factio* passive.

2° *Objet.*

L'objet des legs et des fidéicommis peut être un avantage quelconque. Ce peut être la dation de choses corpo-

Digitized by Google

relles, la dation d'une universalité, ainsi d'un pécule, d'une quote-part de l'hérédité. Ce peut être la constitution d'une servitude, surtout d'un usufruit. Ce peut être aussi un fait, surtout l'affranchissement d'un esclave. Enfin les legs et fidéicommis peuvent porter sur une obligation déjà existante et cela dans trois sens différents, soit comme *legatum nominis*, dans lequel le créancier lègue sa créance à un tiers, soit comme *legatum liberationis*, dans lequel il la lègue à son débiteur, soit comme *legatum debiti*, dans lequel c'est le débiteur qui lègue au créancier le paiement de sa créance. Dans ce dernier cas, il faut que le legs offre un avantage juridique au créancier, par exemple que sa créance ait été à terme ou sous condition.

3° *Acquisition.*

On distingue, pour l'acquisition des legs et fidéicommis, deux moments principaux : celui où le droit s'ouvre, où son terme court, *dies cedit*, et celui où il est acquis définitivement, où son terme arrive, *dies venit*.

Le droit s'ouvre, *dies cedit*, pour un legs ou fidéicom mis pur et simple, au moment de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à la mort du testateur. Pour un legs conditionnel, le *dies cedit* seulement au moment de la réalisation de la condition.

Le droit est définitivement acquis, *dies venit*, pour un legs ou fidéicommis pur et simple, dès que l'héritier institué a fait adition de l'hérédité. Pour un legs ou fidéicommis conditionnel dont la condition ne se réalise qu'après l'adition, le *dies venit* seulement au moment de la réalisation de la condition.

L'importance de la *diei cessio* est de rendre le droit transmissible aux héritiers du bénéficiaire de la disposition.

4° *Effets.*

Les effets des legs et fidéicommis étaient différents avant

Digitized by Google

Justinien, suivant qu'il s'agissait d'un legs *per vindicationem* et *per praeceptionem* ou d'un legs per *damnationem, sinendi modo* et d'un fidéicommis. Dans le premier cas, le légataire obtenait une action réelle, dans le second, le bénéficiaire n'obtenait qu'une action personnelle contre le grevé. Justinien décida que tout legs ou fidéicommis donnerait une action personnelle contre le grevé et de plus une action réelle contre tout détenteur, pourvu que la chose ait appartenu au *de cujus* au moment de son décès. Il accorda en outre à tout légataire ou fidéicommissaire une hypothèque légale sur les biens de la succession.

Quant au droit d'accroissement pour un legs ou fidéicommis fait à plusieurs personnes en commun et pour le tout, mais que l'un des bénéficiaires n'a pas acquis, il n'existait avant Justinien qu'au cas de legs *per vindicationem* et *per praeceptionem*. Justinien décida qu'il y aurait accroissement pour tout legs ou fidéicommis fait sans assignation de part. Un cas intéressant d'accroissement est celui du legs *per praeceptionem* fait à plusieurs héritiers. Le legs *per praeceptionem* a cette particularité que le bénéficiaire y est en même temps en partie le grevé, puisque ce legs est imposé à tous les héritiers, y compris le bénéficiaire. Il en résulte que le legs est nul pour la part que l'héritier devait se donner à lui-même. S'il est seul légataire, il garde cette part à titre d'héritier, mais s'il a des colégataires, cette part leur accroît. Au cas où ces colégataires sont d'autres héritiers, alors l'accroissement a lieu en proportion inverse de leur part héréditaire.

5° *Nullité des legs et fidéicommis.*

En ce qui concerne les legs, le juriste Caton établit la règle que le legs qui aurait été nul si le testateur était mort au moment de faire le testament, ne peut pas devenir valable par la suite. C'est de cette règle spéciale qu'on a tiré le principe général que la nullité dès le début est

Digitized by Google

inguérissable. Un legs ou fidéicommis d'abord valable, est annulé après coup, en cas de révocation ou en cas d'annulation du testament.

§ 299. — Fidéicommis universel.

Le testateur pouvait, au lieu d'un objet déterminé, léguer une quote-part de son hérédité. Un tel legs, *partitio legata*, n'en restait pas moins une disposition à titre particulier. Le légataire acquiert contre l'héritier une créance ayant pour objet la fraction léguée de l'hérédité, mais il ne représente pas pour cette fraction la personne du défunt ; il ne devient pas sujet pour cette part des créances et des dettes héréditaires ; c'est l'héritier seul qui en est le sujet. Mais, comme ces obligations doivent compter pour déterminer la part revenant au légataire, l'héritier et le légataire contractent des stipulations réciproques par lesquelles l'héritier promet au légataire sa part du produit des créances, tandis que le légataire promet à l'héritier de lui rembourser la charge des dettes proportionnellement à sa part.

La situation était originairement la même en cas de fidéicommis de tout ou partie de l'hérédité. Le fiduciaire restait seul héritier et seul sujet des obligations héréditaires. Ici aussi, la charge des dettes et le profit des créances passaient au fidéicommissaire par suite de stipulations réciproques.

Mais, sous Néron, le S. C. Trébellien fit du fidéicommissaire universel un véritable successeur à titre universel, en décidant que par suite d'une simple convention de transfert avec le fiduciaire, les actions héréditaires seraient accordées par le préteur pour ou contre le fidéicommissaire personnellement, et refusées pour ou contre le fiduciaire. Le fidéicommissaire est ainsi *heredis loco*.

Digitized by Google

Le S. C. Pégasien, sous Vespasien, embrouilla les choses en permettant au fiduciaire de retenir le quart de l'hérédité par analogie de la *lex Falcidia*, et en supprimant l'application du S. B. Trébellien, sauf pour le cas où le fidéicommis à titre universel n'atteignait pas les trois quarts de l'hérédité. Le S. C. Pégasien décidait en outre que le fidéicommissaire pourrait forcer le fiduciaire à faire adition de l'hérédité et à la lui transférer ; dans ce cas le S. C. Trébellien restait aussi applicable.

Justinien fusionna les deux S. C., en décidant que le fidéicommissaire serait toujours *heredis loco*, et que le fiduciaire aurait droit à la quarte s'il faisait volontairement adition de l'hérédité.

Remarque. Ce fidéicommis universel qui établit une véritable succession à titre universel, a permis aux Romains de s'affranchir de plusieurs règles de leur droit de succession, ainsi de la règle *semel heres semper heres* (fidéicommis sous terme suspensif), de même du principe *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (fidéicommis ab intestat), etc.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS.

LIVRE I

Généralités sur le droit.

CHAPITRE I

Notion du droit.

Pages

§ 1. — Droit, morale et religion 3
§ 2. — Droit objectif et droit subjectif 4

CHAPITRE II

Formation du droit.

§ 3. — Coutume et loi, sources du droit 6
§ 4. — Particularités sur la loi. 7

CHAPITRE III

Application du droit.

§ 5. — Interprétation des règles de droit 8
§ 6. — Lacunes du droit. Analogie 9

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE IV

Principales divisions du droit.

§ 7. — Droit public et droit privé. 10
§ 8. — Quelques divisions romaines du droit privé 11
§ 9. — Classification romaine des droits privés. 11

LIVRE II

Histoire du droit romain.

TITRE I

Les trois périodes.

§ 10. — Introduction 15

CHAPITRE I

Première période : le « ius civile ».

SECTION I

Conditions sociales et politiques.

§ 11. — Le peuple romain 16
§ 12. — La République romaine 17

SECTION II

Sources du droit. Les XII Tables.

§ 13. — Sources du droit. 19
§ 14. — Les XII Tables 20
§ 15. — Le droit des XII Tables 21

SECTION III

Interprétation. Proprium ius civile.

§ 16. — Interprétation des pontifes 25

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE II

Seconde période : Ius civile et ius gentium.

Section I

Le Ius gentium.

§ 17. — Introduction 29
§ 18. — Origines du ius gentium 30
§ 19. — Ius civile et ius gentium 31

Section II

Sources du droit.

A. Edit du préteur.

§ 20. — Ius edicendi et ius honorarium 33
§ 21. — Droit prétorien, ius civile et ius gentium 36
§ 22. — Créations prétoriennes. Forme de l'édit. 38
§ 23. — Déclin de l'activité créatrice du préteur. Rédaction définitive de l'édit 39

B. La jurisprudence classique.

§ 24. — Les précurseurs. Ius respondendi. 40
§ 25. — Sabiniens et Proculiens 42
§ 26. — Les grands juristes classiques 44
§ 27. — Les œuvres des juristes classiques 45

C. Législation impériale.

§ 28. — Introduction : le principat d'Auguste 46
§ 29. — Sénatus-consultes 47
§ 30. — Constitutions impériales 48

CHAPITRE III

Troisième période : De Dioclétien à Justinien. Codification.

Section I

Introduction.

§ 31. — Caractéristique 50

Section II

Sources du droit.

§ 32. — Ius et leges 52
§ 33. — Recueils de sources antérieurs à Justinien. 54
§ 34. — Lois romaines des royaumes barbares 54

Digitized by Google

Pages

SECTION III

La compilation de Justinien.

§ 35. — Histoire de la codification 55
§ 36. — Importance de la compilation de Justinien 57
§ 37. — Récapitulation des principales sources à nous parvenues 59

TITRE II

Destinées du droit romain après Justinien.

CHAPITRE I

Le droit romain en Orient.

§ 38. — Les Basiliques 63

CHAPITRE II

Le droit romain en Occident.

§ 39. — Les trois Renaissances du droit romain 64

LIVRE III

Partie générale.

§ 40. — Introduction 74

TITRE I

Acquisition et perte des droits.

§ 41. — Les faits juridiques. 75
§ 42. — Différents modes d'acquisition. 76

Digitized by Google

Pages

TITRE II

Les principaux faits juridiques.

CHAPITRE I

Les actes juridiques.

§ 43. — Introduction : Les différentes espèces 77

SECTION I

Eléments des actes juridiques.

§ 44. — Volonté et objet 78

SECTION II

La volonté, sa manifestation et ses vices.

A. Manifestation de la volonté.

§ 45. — Consentement exprès et consentement tacite. . . . 79
§ 46. — Désaccord entre la déclaration et la volonté 81
§ 47. — L'erreur essentielle et excusable 82

B. Vices de la volonté.

§ 48. — Le dol et la contrainte 85

SECTION III

L'objet et ses modalités.

A. L'objet en général.

§ 49. — Les éléments : Essentialia, naturalia, accidentalia . 87

B. La condition.

§ 50. — Notion et espèces 87
§ 51. — Effets de la condition 90

C. Le terme.

§ 52. — Notion et espèces 92
§ 53. — Effets 93

SECTION IV

Représentation dans la conclusion des actes juridiques.

§ 54. — Notions générales 94
§ 55. — Représentation en droit romain 95

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE II

Les actions illicites.

§ 56. — Faute et délit 97

CHAPITRE III

Le temps.

§ 57. — Importance et calcul du temps 98

LIVRE IV

Procédure civile.

TITRE I

Généralités.

CHAPITRE I

Histoire.

§ 58. — Introduction 103
§ 59. — Les trois phases de la procédure civile à Rome . . 104

CHAPITRE II

Notions générales.

§ 60. — Ius et iudicium. Litiscontestation 106

TITRE II

Les légisactions.

§ 61. — Le terme légisaction 109
§ 62. — Legis actio per sacramentum 110
§ 63. — Legis actiones per iudicis postulationem et per condictionem 111
§ 64. — Legis actiones per pignoris capionem et per manus iniectionem 112

Digitized by Google

Pages

TITRE III

Formation de la procédure formulaire.

§ 65. — La loi Aebutia et les deux lois Juliae 115

TITRE IV

La procédure extraordinaire.

§ 66. — Introduction de la procédure extraordinaire . . . 119
§ 67. — Traits caractéristiques de la procédure extraordinaire 120

TITRE V

Système de la procédure formulaire.

CHAPITRE I

Marche de l'instance.

Section I

Les plaideurs.

§ 68. — Les parties et leurs représentants 123
§ 69. — Citation en justice. Vadimonium 125

Section II

Débats in iure.

§ 70. — Le préteur et son office 126
§ 71. — Nature contractuelle des débats *in iure* 128

Section III

Débats in iudicio.

§ 72. — Différentes espèces de jurys 129
§ 73. — Procédure *in iudicio* 131

Section IV

Influence du procès sur le droit poursuivi.

§ 74. — Importance de la litiscontestation 132
§ 75. — Importance du jugement : *chose jugée* 134

Digitized by Google

Pages

SECTION V

L'exécution.

§ 76. — Exécution civile et exécution prétorienne 135

CHAPITRE II

Des formules.

SECTION I

Généralités.

§ 77. — Les parties de la formule 137
§ 78. — Erreurs dans la formule 138

SECTION II

Actions au point de vue de la forme.

§ 79. — Actions civiles et actions prétoriennes 139
§ 80. — Action directe et action utile 139
§ 81. — Formules *in ius* et formules *in factum conceptae* . 140

SECTION III

Actions au point de vue du fond.

§ 82. — Actions populaires et actions privées 141
§ 83. — Actions *in rem* et actions *in personam* 141

SECTION IV

Condamnation et exceptions.

§ 84. — La condamnation et les actions arbitraires 144
§ 85. — Les prescriptions et les exceptions 145
§ 86. — Exceptions péremptoires et exceptions dilatoires. Répliques, dupliques 146

CHAPITRE III

Créations prétoriennes pour compléter la procédure ordinaire.

SECTION I

Les interdits.

§ 87. — Notion et espèces 148
§ 88. — Procédure des interdits 149

Digitized by Google

Pages

SECTION II

Stipulations prétoriennes.

§ 89. — Notion 150

SECTION III

Envois en possession.

§ 90. — Notion 151

SECTION IV

Restitution en entier.

§ 91. — Notion 152
§ 92. — Conditions 152

CHAPITRE IV

Durée des actions.

§ 93. — Prescription extinctive des actions 154

LIVRE V

Le droit des personnes.

CHAPITRE I

Introduction.

§ 94. — Les sujets du droit ; la capacité civile 159

CHAPITRE II

Les personnes physiques.

§ 95. — Influence de l'état de l'homme sur sa capacité . . . 160

SECTION I

Status libertatis.

§ 96. — L'esclavage 160
§ 97. — *Cessation de l'esclavage* ; les affranchis 162

Digitized by Google

Pages

SECTION II

Status civitatis.

§ 98. — Citoyens et pérégrins 164
§ 99. — Les Latins 165

SECTION III

Status familiae.

§ 100. — Le *pater familias* 166

SECTION IV

Changement d'état.

§ 101. — Capitis deminutio 167

SECTION V

De quelques modifications spéciales de la capacité.

§ 102. — Privilèges des soldats 169
§ 103. — L'honneur civil et l'infamie 169

SECTION VI

De l'exercice des droits.

§ 104. — Restrictions à la capacité d'agir 170

CHAPITRE III

Les personnes juridiques.

§ 105. — Notion et espèces 173

LIVRE VI

Les droits réels.

§ 106. — Notions générales 180

TITRE I

Les choses.

§ 107. — Introduction 181

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE I

Res extra commercium.

§ 108. — Res divini iuris 183
§ 109. — Res omnium communes 183
§ 110. — Res publicae 184

CHAPITRE II

Res in commercio.

§ 111. — Res mancipi et res nec mancipi 186
§ 112. — Meubles et immeubles 187
§ 113. — Fongibles et non fongibles 188
§ 114. — Choses divisibles et choses indivisibles. 190
§ 115. — Les fruits d'une chose 190

TITRE II

La possession.

CHAPITRE I

Possession et détention.

§ 116. — Notion et importance de la possession 193
§ 117. — Possession et détention 195

CHAPITRE II

Acquisition et perte de la possession.

§ 118. — Acquisition. 199
§ 119. — Perte de la possession 201

CHAPITRE III

Les interdits possessoires.

§ 120. — Différentes espèces 204
§ 121. — Interdits retinendae possessionis 205
§ 122. — Interdits recuperandae possessionis 206
§ 123. — Origine des interdits possessoires. 207

Digitized by Google

Pages

TITRE III

La propriété.

CHAPITRE I

Généralités.

§ 124. — Notion et étendue de la propriété 209
§ 125. — La copropriété 211

CHAPITRE II

Différentes formes de la propriété à Rome.

§ 126. — Propriété quiritaire et bonitaire. Possession de bonne foi 214

CHAPITRE III

Acquisition de la propriété.

Section I

Généralités.

§ 127. — Modes civils et modes naturels. 217

Section II

Modes originaires d'acquisition.

A. Occupation.

§ 128. — Notion 218

B. Spécification.

§ 129. — Notion 219

C. Accession.

§ 130. — Notion générale 221
§ 131. — Acquisition des fruits 221
§ 132. — Le trésor. 223
§ 133. — Accession résultant des changements dans le lit d'un fleuve public 223
§ 134. — Accession par la réunion indissoluble d'une chose accessoire à une chose principale 224
§ 135. — Accessoire et principal. Mélange, confusion . . . 225

Digitized by Google

Pages
§ 136. — Union dissoluble et union indissoluble 226
§ 137. — Recours du propriétaire dépouillé par l'accession survenue en faveur d'un autre 227

D. Usucapion et prescription acquisitive.

§ 138. — Aperçu historique 228
§ 139. — Conditions requises 229
§ 140. — De quelques cas exceptionnels d'usucapion . . . 231

SECTION III

Modes dérivés d'acquisition.

§ 141. — In iure cessio 232
§ 142. — Tradition 232

CHAPITRE IV

Extinction de la propriété.

§ 143. — Principales causes 235

CHAPITRE V

Sanction de la propriété.

SECTION I

Propriété quiritaire.

§ 144. — La revendication 236
§ 145. — Action négatoire 238

SECTION II

Propriété bonitaire et possession de bonne foi.

§ 146. — Action publicienne 239

TITRE IV

Les servitudes.

CHAPITRE I

Généralités.

§ 147. — Notion et espèces 241

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE II

Servitudes prédiales.

§ 148. — Classification 244
§ 149. — Principes communs 245
§ 150. — Principales servitudes prédiales 246

CHAPITRE III

Servitudes personnelles.

SECTION I

Usufruit.

§ 151. — Notion 248
§ 152. — Droits de l'usufruitier 249
§ 153. — Obligations de l'usufruitier 249
§ 154. — Quasi-usufruit. 250

SECTION II

Autres servitudes personnelles.

§ 155. — Usus, habitatio, operae 251

CHAPITRE IV

Constitution des servitudes.

§ 156. — Servitudes civiles et servitudes honoraires. . . . 252

CHAPITRE V

Extinction des servitudes.

§ 157. — Différents modes. 254

CHAPITRE VI

Sanction des servitudes.

§ 158. — Protection pétitoire et possessoire. 256

Digitized by Google

Pages

TITRE V

Superficie et emphytéose.

§ 159. — Notions générales 259

TITRE VI

Droit de gage.

CHAPITRE I

Généralités et histoire.

§ 160. — Garantie des créances, droit de gage 261
§ 161. — Aperçu historique 262

CHAPITRE II

Conditions requises.

§ 162. — Eléments essentiels 266
§ 163. — Sources 267

CHAPITRE III

Effets du droit de gage.

§ 164. — Droits du créancier unique 269
§ 165. — Concours de plusieurs hypothèques 271

CHAPITRE IV

Sanction du droit de gage.

§ 166. — Action hypothécaire. 273

CHAPITRE V

Extinction du droit de gage.

§ 167. — Différents modes. 275

Digitized by Google

Pages

LIVRE VII

Droit des obligations.

Première partie.

Partie générale.

TITRE I

Notions générales.

CHAPITRE I

Notion de l'obligation.

SECTION I

Introduction.

§ 168. — Définition et rôle de l'obligation 281

SECTION II

Les sujets de l'obligation.

§ 169. — Personnalité de l'obligation 283

SECTION III

L'objet de l'obligation.

§ 170. — La prestation en général 285
§ 171. — Obligation et droit réel 286

SECTION IV

La sanction de l'obligation.

§ 172. — L'action et le procès. 288
§ 173. — Les obligations naturelles 290
§ 174. — Origine des obligations naturelles ; diverses espèces 291

SECTION V

Système des obligations.

§ 175. — Système romain 293

Digitized by Google

Pages

TITRE II

Objet des obligations.

CHAPITRE I

Conditions que doit remplir l'objet de l'obligation.

§ 176. — Introduction 295
§ 177. — Fait du débiteur 295
§ 178. — La prestation doit être déterminable. 296
§ 179. — La prestation doit être possible et licite 297
§ 180. — La prestation doit offrir au créancier un intérêt sérieux 298

CHAPITRE II

Modalités relatives à l'objet de l'obligation.

§ 181. — Obligations divisibles et obligations indivisibles . 300
§ 182. — Obligations spéciales et obligations génériques . . 301
§ 183. — Obligations alternatives 302

CHAPITRE III

Prestations accessoires.

§ 184. — Intérêts conventionnels et intérêts légaux 304

TITRE III

Sanction des obligations.

CHAPITRE I

Effet des obligations.

§ 185. — Effet normal et effet éventuel 307

CHAPITRE II

De l'imputabilité.

§ 186. — Principes généraux 309

Digitized by Google

Pages

SECTION I

Faute.

§ 187. — Notions générales et historiques 310
§ 188. — De la faute dans les contrats de bonne foi. . . . 312
§ 189. — Responsabilité pour la faute dans les contrats de bonne foi 313

SECTION II

Demeure.

§ 190. — Demeure du débiteur 314
§ 191. — Demeure du créancier 316
§ 192. — Fin de la demeure 317

SECTION III

Cas fortuit.

§ 193. — Responsabilité du débiteur 317

CHAPITRE III

La réparation du dommage

§ 194. — Le dommage 320
§ 195. — Réparation du dommage 320

TITRE IV

Les sujets de l'obligation.

CHAPITRE I

Changement des sujets. Transfert des obligations.

§ 196. — Système primitif. 323
§ 197. — Réformes du droit impérial 324
§ 198. — Effets de la cession 325

CHAPITRE II

Pluralité de sujets. Obligations solidaires et corréales.

§ 199. — Notion de la solidarité. Variétés 326
§ 200. — Sources de la solidarité 327

Digitized by Google

Pages

§ 201. — Distinction de la solidarité simple et de la corréalité. Son explication 328
§ 202. — Règles communes 330

CHAPITRE III

Sujets intercédants. Intercession et cautionnement.

SECTION I

Introduction.

§ 203. — Notion de l'intercession 331

SECTION II

Cautionnement.

§ 204. — Cautionnement par stipulation. 332
§ 205. — Cautionnement par receptum argentarii, constitut et mandat. 333
§ 206. — Nature et effets du cautionnement. 333

SECTION III

Sénatus-consulte Velléien.

§ 207. — Prohibition de l'intercession des femmes 335

CHAPITRE IV

Sujets adjoints. Actions adjectices.

SECTION I

Introduction.

§ 208. — Notions générales 337

SECTION II

Actions adjectices à responsabilité limitée.

§ 209. — Action de peculio et de in rem verso. 338
§ 210. — Action tributoire. 339

SECTION III

Actions adjectices à responsabilité illimitée.

§ 211. — Actions quod iussu, exercitoria, institoria. 340

Digitized by Google

Pages

TITRE V

Extinction des obligations.

CHAPITRE I

Modalités de l'extinction.

§ 212. — Extinction ipso iure et extinction ope exceptionis . 343

CHAPITRE II

Modes volontaires d'extinction.

Section I

Le paiement.

§ 213. — Règles essentielles 345

Section II

Equivalents du paiement. Compensation.

§ 214. — Introduction 348
§ 215. — Histoire de la compensation judiciaire, 1re phase . 348
§ 216. — Evolution ultérieure 350
§ 217. — Règles de la compensation 351

Section III

Extinction par la volonté du créancier.

§ 218. — Remise des dettes 352
§ 219. — Novation 353

CHAPITRE III

Modes involontaires. Disparition d'un élément essentiel.

§ 220. — Disparition d'un sujet 356
§ 221. — Disparition de l'objet 357

Digitized by Google

Pages

Deuxième partie.

Partie spéciale.

TITRE I

Obligations contractuelles.

CHAPITRE I

Les contrats.

§ 222. — Système classique des contrats. 361
§ 223. — Diverses catégories de contrats. 363

CHAPITRE II

Contrats formels.

SECTION I

Contrat par aes et libram.

§ 224. — Nexum, mancipatio, fiducia. 365

SECTION II

Contrat verbis.

§ 225. — La stipulation. 366

SECTION III

Contrat litteris.

§ 226. — Nomen transcripticium 367

CHAPITRE III

Contrats réels.

SECTION I

Introduction.

§ 227. — Do ut reddas 369

Digitized by Google

Pages

SECTION II

Mutuum.

§ 228. — Notions générales 370
§ 229. — Mutui datio 371
§ 230. — Senatus-consulte Macédonien 371
§ 231. — Fœnus nauticum 372

SECTION III

Contrats réels à restitution individuelle.

§ 232. — Commodat, gage, dépôt 373
§ 233. — Principes communs 374

SECTION IV

Contrats réels innommés.

§ 234. — Notion et formation historique 375

CHAPITRE IV

Contrats consensuels.

SECTION I

Contrats synallagmatiques.

§ 235. — Rapport des obligations réciproques 377

SECTION II

La vente.

§ 236. — Notion. Eléments essentiels 378
§ 237. — Effets de la vente 379
§ 238. — De quelques modifications de la vente 382

SECTION III

Le louage.

§ 239. — Notion. Variétés 383
§ 240. — Règles spéciales aux différents louages 384

SECTION IV

Le mandat.

§ 241. — Définition. Particularités 386

Digitized by Google

Pages

SECTION V

La société.

§ 242. — Notion. Variétés 388
§ 243. — Effets de la société 389

CHAPITRE V

Les pacta vestita.

§ 244. — Pacta adiecta 391
§ 245. — Pactes prétoriens. 391
§ 246. — Pactes légitimes 392

TITRE II

Obligations quasi-contractuelles.

CHAPITRE I

Gestion d'affaires.

§ 247. — Notion. Effets 393

CHAPITRE II

Condictiones sine causa.

§ 248. — Introduction 395
§ 249. — Condictiones ex iniusta causa 395
§ 250. — Condictiones sine iusta causa 396

TITRE III

Obligations délictuelles.

SECTION I

Introduction.

§ 251. — Le délit privé 399

SECTION II

Principaux délits privés.

§ 252. — Le furtum 400
§ 223. — La rapine 401

Digitized by Google

Pages
§ 254. — Damnum iniuria datum. Lex Aquilia 401
§ 255. — Dolus malus 402
§ 256. — Iniuria 403
§ 257. — Fraus creditorum. Action Paulienne 403
§ 258. — Délits des esclaves et des fils de famille. Dommages causés par les animaux 404

TITRE IV

Obligations quasi-délictuelles.

§ 259. — Principaux cas 405

LIVRE VIII

Droit de famille.

CHAPITRE I

La famille.

§ 260. — Agnation et cognation 409

CHAPITRE II

Régime matrimonial.

§ 261. — Introduction : mariage avec *manus* 411
§ 262. — La dot dans le mariage sans *manus* 412
§ 263. — Donatio propter nuptias 415

CHAPITRE III

Fortune des personnes sous puissance.

§ 264. — Peculium castrense et quasi castrense 416
§ 265. — Bona adventicia 417

CHAPITRE IV

Fortune des personnes sous tutelle ou curatelle.

§ 266. — Gestion des tuteurs et des curateurs 418

Digitized by Google

Pages

LIVRE IX

Droit de succession.

CHAPITRE I

Généralités.

§ 267. — Universalité de la succession héréditaire 423
§ 268. — Delation et acquisition de la succession héréditaire 424
§ 269. — Usucapion pro herede 425
§ 270. — Succession civile et succession prétorienne . . . 426
§ 271. — Principales différences 427

CHAPITRE II

Délation de la succession.

Section I

Succession ab intestat.

§ 272. — Introduction 429
§ 273. — Succession ab intestat des XII Tables 430
§ 274. — Succession prétorienne ab intestat 431
§ 275. — Droit impérial. 432
§ 276. — Novelle 118. 433

Section II

Succession testamentaire.

§ 277. — Formes du testament dans l'ancien droit 434
§ 278. — Droit prétorien 435
§ 279. — Droit de Justinien 436
§ 280. — Testament militaire. 436
§ 281. — Capacité de tester 437
§ 282. — Institution d'héritier 438
§ 283. — Nullité des testaments 441

Section III

Succession contre le testament.

§ 284. — Introduction 442
§ 285. — Prétérition des descendants 442

Digitized by Google

Pages
§ 286. — Querela inofficiosi testamenti 443
§ 287. — Novelle 115. 445

CHAPITRE III

Acquisition de la succession.

§ 288. — Héritiers nécessaires et héritiers volontaires . . . 446
§ 289. — Personne de l'acquéreur 448
§ 290. — Effets de l'acquisition 449
§ 291. — Défaut d'acquisition 450
§ 292. — Sanction de l'acquisition 451

CHAPITRE IV

Legs et fidéicommis.

§ 293. — Introduction 453
§ 294. — Legs 453
§ 295. — Fidéicommis 454
§ 296. — Rapprochement des legs et des fidéicommis . . . 455
§ 297. — Restrictions des legs et des fidéicommis 456
§ 298. — Règles relatives aux legs et aux fidéicommis. . . 456
§ 299. — Fidéicommis universel. 459

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google